

# Sentenças





## **AÇÃO PENAL PÚBLICA**

### **0000632-59.2013.4.03.6108**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Réus: ARISTIDES MARTINS, MARCELO ICARO MONTE VICTURE E MARCELO CUNHA CARPI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2018

*Vistos, em sentença.*

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ofereceu denúncia contra os réus *ARISTIDES MARTINS, ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ, MARCELO ICARO MONTE VICTURE, SERGIO ROBERTO DE CARVALHO e MARCELO CUNHA CARPI*, devidamente qualificados às fls. 351/352, como incurso nos *arts. 1º, incisos I e II, e 2º, inciso, c.c. o art. 12, inciso I*, todos da *Lei 8.137/90*, e nos *arts. 288 e 299, c.c. os arts. 29 e 69, todos do CP*, alegando que os acusados *ROGÉRIO, MARCELO VICTURE, MARCELO CARPI e SÉRGIO*, no ano de 2003, adquiriram a empresa *MC USINA DE AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA.*, em nome do acusado *ARISTIDES* e de sua companheira, com o objetivo de burlar a fiscalização fazendária, inserindo informação falsa em contrato social de aludido empreendimento, tendo, ainda, os mesmos acusados, inscrito, fraudulentamente, a sobredita empresa no Programa *SIMPLES*, suprimindo pagamento de tributos (*COFINS, IRPJ, CSSL e PIS*), fraudando fiscalização tributária, ao deixar de recolher aos cofres da União valores atinentes a tais exações, no período de *janeiro de 2003 a dezembro de 2005*, resultando no débito tributário de R\$ 26.023.681,73, atualizado para mês de outubro de 2013.

A denúncia foi instruída com o Inquérito Policial nº 00440/2009, da Delegacia de Polícia Federal em Piracicaba/SP.

Recebimento da denúncia em 10/02/2014 (fls. 358/vº).

Informações sobre os antecedentes criminais dos acusados foram juntadas às fls. 359/364 e no Apenso II.

Os acusados foram regularmente citados (fls. 407/vº, 475 e 602), apresentando defesas escritas, às fls. 417/422, 449/461 e 607/609.

Às fls. 479 consta certidão de óbito do acusado *ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ*.

Por não ter sido localizado, o acusado *SERGIO ROBERTO DE CARVALHO* foi citado por meio de Edital (fls. 591), sendo determinado o desmembramento da ação, para fins de suspensão processual, nos termos do art. 366, do Código de Processo Penal, por decisão proferida às fls. 600.

Foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa (fls. 946/948, 1124/1125, 1126/1127, 1213/1214, 1312/1313), sendo substituídas, pela testemunha *RODRIGO COUTO DA CRUZ*, as testemunhas *CLAUDIOMIRO RODRIGUES DELMODES, SAMUEL OZÓRIO JUNIOR, JEFFERSON MARQUEZOLO e EMILIANO DO PRADO* indicadas pela defesa do acusado *MARCELO CUNHA CARPI* (Fls. 1213/vº).

A pedido do Ministério Público Federal e da defesa do acusado *ARISTIDES MARTINS*, homologou-se a desistência da oitiva da testemunha *ADILSON ALVARENGA MOREIRA* (fls. 1275 e 1312/vº).

Considerando a não localização da testemunha indicada pela defesa de MARCELO CUNHA CARPI, ROBERTO MATOSO, bem assim a sua não apresentação para ser ouvida em Juízo, restou declarada preclusa a produção de tal prova (fls. 1312/vº).

O corréu MARCELO CUNHA CARPI foi interrogado perante este Juízo (fls. 1336/1338), enquanto que o corréu ARISTIDES MARTINS, foi interrogado, por este Juízo, por meio de videoconferência (fls. 1350/1351).

O corréu MARCELO ICARO MONTE VICTURE, não foi localizado para ser intimado para seu interrogatório, sendo-lhe decretada a revelia, nos termos do art. 367, do CPP (fls. 1402).

As partes, regularmente intimadas, nada requereram na fase do art. 402 do CPP (fls. 1372 e 1373/1374).

Em alegações finais, fls. 1378/1389, o Ministério Público Federal, em preliminar pugnou pela decretação da revelia do corréu MARCELO ICARO MONTE VICTURE e, no mérito, pugnou pela condenação dos acusados nos termos da denúncia.

A defesa do corréu ARISTIDES MARTINS apresentou alegações finais (fls. 1394/1400), sustentando em preliminar a inépcia da denúncia, pois esta não teria individualizado as condutas dos agentes e, em especial deste acusado e, no mérito, pugnano pela sua absolvição, por entender não ter sido comprovado nos autos ter o mesmo agido em qualquer das práticas delitivas insertas na denúncia.

Por sua vez, a defesa do acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, às fls. 1410/1423, sustenta, em sede de preliminar, a inépcia da denúncia, pois esta não teria individualizado as condutas dos agentes e, em especial deste acusado, bem assim a nulidade do feito, na medida em que o decreto de revelia em seu desfavor não teria observado o devido processo legal, caracterizando cerceamento à defesa, e, no mérito, postula por sua absolvição, alegando ausência de comprovação de autoria em seu desfavor.

Por fim, a defesa do acusado MARCELO CUNHA CARPI, às fls. 1427/1430, pugna pela realização de perícia grafotécnica, sob pena de restar caracterizado cerceamento à defesa, dos documentos constantes dos autos a fim de espantar qualquer dúvida quanto à participação do réu nos delitos aqui tratados, e, no mérito, afirma não restar comprovado que o mesmo tenha concorrido com a prática de qualquer dos crimes imputados na denúncia.

*É o relatório.*

*Decido.*

Antes de analisar o tema de fundo da lide, necessária a análise das objeções prejudiciais de mérito trazidas à baila pelas defesas dos acusados. É o que passo a fazer.

#### **INÉPCIA DA DENÚNCIA**

As preliminares suscitadas pelas defesas dos réus ARISTIDES MARTINS e MARCELO ICARO MONTE VICTURE, de generalidade da peça acusatória, ao não indicar com precisão qual seria a ação cometida por cada qual na empreitada criminosa, o que alçaria a peça vestibular à inépcia, não têm como serem acolhidas. Já se mencionou anteriormente que a denúncia veio amparada em robusta documentação amealhada em apuração fiscal levada a efeito em sede administrativa (Apenso I), restando à instrução esmiuçar qual papel desempenhado por cada um dos acusados na eventual prática do delito de que aqui se cuida. Nesse sentido, enfatizo que a peça acusatória atende plenamente aos requisitos do *art. 41 do CPP*, demonstrando, de forma bastante pormenorizada e compreensível, quais as condutas que levaram os denunciados ao polo passivo da presente ação, bem como suas circunstâncias.

Nos termos dos *arts. 41 e 43 do CPP*:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

*Parágrafo único. Nos casos do no III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.*

A ação penal deve ser lastreada em peça acusatória que atenda aos requisitos legais contidos no *art. 41 c.c. art. 43*, ambos do *CPP*, dentre os quais tem especial destaque a clara e completa exposição do fato considerado como criminoso, com todas as circunstâncias de onde se possa inferir as elementares típicas (objetivas, normativas e subjetivas) exigidas para a caracterização do tipo penal descrito na lei, tudo de forma a permitir ao acusado o pleno conhecimento da acusação que lhe é dirigida e o exercício pleno do seu direito de defesa.

A lide penal deve instaurar-se se a peça acusatória atender aos citados requisitos legais, bem como quando:

- a) está proposta por quem tenha legitimidade ativa e contra quem tenha legitimidade passiva;
- b) há justa causa para a ação penal – conjunto mínimo de provas da materialidade e da autoria do tipo penal;
- c) não esteja claramente demonstrada a ocorrência de alguma causa extintiva de punibilidade.

Isso é o quanto basta à elaboração da peça acusatória e seu recebimento pelo Juízo com a instauração da ação penal, deixando-se para a instrução criminal eventuais questionamentos mais aprofundados, momento processual adequado para discussões exaurientes quanto ao mérito da ação penal. Ademais, o procedimento investigatório criminal apenso e a denúncia descrevem a conduta que é atribuída aos denunciados, com a individualização da ação dos agentes, de forma a permitir o amplo exercício do direito de defesa por parte de tais.

Ademais, em crimes dessa natureza, em que há pluralidade de sócios – e aqui ainda agravado pelo fato de que há patente ocultação de quem seriam os reais proprietários da empresa investigada - e que a investigação se inaugura com a constatação de transgressões de ordem fiscal e tributária em empresas, não se exige que a denúncia venha plenamente detalhada, com a indicação pormenorizada da ação de acusados diversos. Em relação a isso, o entendimento da jurisprudência, vai conforme o seguinte julgado, cuja ementa transcrevo:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE EFETIVA DEFESA TÉCNICA. NULIDADE PARCIAL POR LITISPENDÊNCIA. CITAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PRESCRIÇÃO. AFASTADAS TODAS AS PRELIMINARES. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA E DOLO GENÉRICO DOS CORRÉUS COMPROVADOS. AUTORIA DE UM DOS DENUNCIADOS NÃO DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DAS PENAS.

*1. Nos crimes contra o Sistema Financeiro e o Sistema Tributário, nem sempre é possível realizar-se, de plano, a perfeita identificação dos pormenores de cada uma das ações que*

*resultaram na conduta criminosa ou mesmo da atuação de cada denunciado. Por isso, é admissível denúncia não tão detalhada, desde que a acusação seja compreensível e possibilite a ampla defesa. Nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal.*

2. O teor da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal não autoriza a declaração de que o acusado esteve materialmente indefeso simplesmente pelo fato de os serviços prestados por advogado por ele constituído terem se mostrado aquém de suas expectativas ou das expectativas do profissional constituído posteriormente. Precedentes.

(...) (g.n.).

[ACR 00191904520004036105, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/02/2017].

Dito isto, tenho que a denúncia está formulada em termos que atendem aos requisitos legais, pelo que *rejeito* esta preliminar suscitada por ambas as defesas.

**DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO DECRETO DE REVELIA. INOCORRÊNCIA.**

No que diz respeito à preliminar suscitada pela defesa do acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, de que o processo encontra-se eivado de vício insanável, na medida que o decreto de sua revelia, com fulcro no *art. 367, do CPP*, não teria observado o devido processo legal, não tem como se sustentar.

Numa primeira quadra, figura-se desnecessário dizer que é ônus processual do acusado informar nos autos, qualquer alteração de seu endereço, sempre que ela ocorrer, a fim de que possa ser localizado para intimação dos atos do processo. Nesse sentido, é indubitosa a posição jurisprudencial, cabendo, por tantos, citar o seguinte precedente, firmado no âmbito do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*:

PENAL. PROCESSO PENAL. CITAÇÃO. MUDANÇA DE ENDEREÇO. FALTA DE COMUNICAÇÃO. REVELIA. ADMISSIBILIDADE. FALSO TESTEMUNHO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. ATENUANTE GENÉRICA. FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. INCIDÊNCIA. CUSTAS PROCESSUAIS. RÉU POBRE. ISENÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O acusado tem o ônus de comunicar eventual alteração de endereço, sob pena de ser decretada a sua revelia na hipótese de não ser localizado naquele anteriormente declinado (STJ, HC n. 294.289, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19.03.15; RHC n. 28.813, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 21.03.13; RHC n. 25.741/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.06.09; TRF 3ª Região, ACR n. 0002085-35.2011.403.6181, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 07.04.15 e RSE n. 0059377-77.2000.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 15.12.03).

2. A prova oral e documental dos autos evidencia que o réu prestou declaração falsa sobre fato relevante para o deslinde da ação trabalhista, tendo em vista haver testemunhado sobre a jornada de trabalho e as horas extras do reclamante.

3. Está evidenciado o dolo do agente que, apesar de ter sido advertido sobre as penas do falso testemunho, prestou depoimento mendaz, estando plenamente ciente de sua falsidade, uma vez que conhecia a real jornada de trabalho do reclamante, conforme denota seu depoimento extrajudicial e o relato da testemunha ouvida em Juízo.

4. Pelo que se infere dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min.

Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11).

5. Ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, o réu deve ser condenado ao pagamento das custas processuais (CPP, art. 804), ficando, no entanto, sobrestado o pagamento, enquanto perdurar o estado de pobreza, pelo prazo de 5 (cinco) anos, ocorrendo, após, a prescrição da obrigação (Lei n. 1.060/50, art. 12). A isenção deverá ser apreciada na fase de execução da sentença, mais adequada para aferir a real situação financeira do condenado (STJ, REsp n. 842.393, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 20.03.07; REsp n. 263.381, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 06.02.03; TRF da 3ª Região, ACR n. 26.953, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 09.02.09).

6. Apelação parcialmente provida para reduzir a pena do réu e conceder o benefício da assistência judiciária gratuita (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 62326 0001564-04.2010.4.03.6124, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/11/2015].

Observa-se da tramitação dos autos que este acusado faltou a esta devida diligência, vez que não foi localizado para ser intimado da audiência designada para o seu interrogatório no endereço constante dos autos, consoante se vê da certidão de *fls. 1349*. Neste ponto, inclusive, há que se registrar que a defensora então constituída pelo acusado foi regularmente intimada, via Imprensa Oficial, com razoável antecedência (*fls. 1345-vº*), da data em que o ato se daria.

Ainda assim, nada obstante a ausência injustificada, determinou-se, às *fls. 1366*, que se intimasse a I. Defensora constituída para que fornecesse endereço atualizado do réu, a fim de designar uma nova oportunidade para a oitiva de seu interrogatório. Decorreu *in albis* o prazo concedido para tanto (cf. *fls. 1370*).

Foram, como se vê, concedidas diversas oportunidades ao acusado para que pudesse exercer, pessoal e plenamente, seu direito de defesa, não tendo comparecido em juízo para essa finalidade por opção própria, não lhe socorrendo a frágil, e – aliás – previsível alegação de cerceamento de defesa. E é evidente que esse acusado tem plena consciência de que se acha aqui processado, tanto que constituiu advogada particular para sua defesa, o que tanto mais assegura que o réu preferiu furtar-se ao comparecimento que seria devido, abandonando as inúmeras oportunidades que lhe foram oferecidas para o exercício direto de sua defesa penal.

Nesse contexto, o entendimento jurisprudencial se orienta no sentido da validade do decreto de revelia, consoante se vê do seguinte julgado, firmado no *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETAÇÃO DA REVELIA DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PARA A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO EM RAZÃO DE NÃO HAVER SIDO ENCONTRADO NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS EM JUÍZO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA AÇÃO PENAL. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, “nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

2. No caso dos autos, o recorrente foi validamente cientificado da existência da ação penal deflagrada, não tendo sido notificado da data da audiência de instrução e julgamento por haver mudado de endereço sem comunicar o Juízo, motivo pelo qual foi decretada sua revelia.

3. Assim, se o réu foi considerado revel porque, mesmo sabendo da existência de ação penal em seu desfavor, se mudou sem aviso prévio, o que impossibilitou a sua intimação acerca da audiência de instrução e julgamento, não pode a defesa pretender que o feito seja anulado sob o argumento de que não esgotados os meios válidos para tentar localizá-lo.

(...) (g.n.).

[RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 80603 2017.00.19356-2, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:26/04/2017].

*Rejeito*, com essas considerações, a alegação de nulidade, ratificando o decreto de revelia deste acusado já proferido nos autos.

#### **DA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. REQUERIMENTO EXTEMPORÂNEO. PRECLUSÃO**

Por fim, ainda em sede preliminar, analiso requerimento aviado pela Defesa do acusado MARCELO CUNHA CARPI, que postula pela realização de, *verbis*: “*perícia grafotécnica nos documentos subscritos e firmados pelos demais acusados, a fim de apurar com mais rigor, que o mesmo não teve nenhuma participação nos fatos*”.

Manifesto, entretanto, que a providência ora alvitrada se mostra absolutamente inviável, e não apenas por um, mas por vários fundamentos, todos igualmente relevantes. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, é de ver que essa pretensão probatória se acha irremediavelmente atingida pela preclusão processual, devendo-se notar que a D. Defesa técnica do ora acusado dispôs, em realidade de todo o curso da instrução criminal de molde a proceder ao esclarecimento de circunstâncias de fato que, explícita ou implicitamente, já constavam da denúncia. Os documentos sobre os quais se pretende que a perícia seja realizada constam dos autos desde o momento da formação do inquérito policial, serviram de base ao oferecimento da denúncia, e poderiam – ou deveriam – ter sido objeto de impugnação específica durante todo o desenrolar da instrução criminal, que é o momento oportuno para a realização dessa modalidade probatória. De forma que, em sendo assim, rigorosamente não se justificaria relegar esse requerimento, seja para a fase procedimental do *art. 402 do CPP*, seja para a fase de alegações finais (*CPP, art. 403*), porque não se trata, *in casu*, do esclarecimento de fatos surgidos no curso da instrução. É absolutamente indissonante a jurisprudência de nossas Cortes Federais no sentido de que a fase reservada pelo Código de Processo Penal ao requerimento de diligências se presta ao esclarecimento de fatos surgidos no curso da instrução criminal, e não, como no caso, para a comprovação de circunstâncias que já estavam claras ao tempo do oferecimento da própria denúncia. Bem por isso é que o momento procedimental do *art. 402 do CPP* não é adequado para o arrolamento de testemunhas ou esclarecimentos periciais, que se referem a circunstâncias de fato que já constavam da inicial acusatória, e que poderiam ou deveriam ter sido objeto de consideração pelas partes nos momentos procedimental oportunos, pena de preclusão. Nesse sentido, lapidar a posição do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, em precedente da lavra do *Em. Desembargador Federal Dr. Hélio Nogueira*:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE A AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO: INEXIGIBILIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA: NÃO DEMONSTRADOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Apelação da defesa contra sentença que condenou o réu como incurso no artigo 168-A, §1º, inciso I, c.c. o artigo 71, em concurso material com o artigo 337-A, inciso III, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal.

2. *Nos termos do artigo 396-A do CPP, a indicação de testemunhas devia ser feita quando da resposta à acusação, sendo que, após esse prazo, estaria precluso tal direito, salvo em se tratando de pessoa que não era conhecida na época da apresentação da defesa preliminar. Precedente.*

3. *O artigo 402 do Código de Processo Penal, na redação da Lei nº 11.719/2008, se presta para que as partes requeiram 'diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução'. Ou seja, não é a fase adequada para o requerimento de diligências cuja necessidade ou conveniência já era clara ao momento oferecimento da resposta escrita.*

4. *No caso, à época da apresentação da resposta, já era de conhecimento da parte a existência do contador da empresa, ocorrendo assim a preclusão do ato. Ademais, sequer logrou a Defesa demonstrar a relevância do depoimento pretendido.*

5. Materialidade e autoria delitiva comprovadas.

(...) (g.n.).

[ACR 00100662320094036105, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:14/05/2015].

Ainda sob regime jurídico anterior (diligências previstas no antigo art. 499 do CPP), também era essa a orientação jurisprudencial do mesmo E. Tribunal:

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DOSIMETRIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. *Alegação no sentido de que o indeferimento da oitiva dos agentes de fiscalização da ANATEL requerida na fase de diligências outrora disciplinada pelo artigo 499 do Código de Processo Penal, na redação anterior à Lei nº 11.719/2008, enseja cerceamento de defesa capaz de nulificar o processo, desde o início.*

2. *A defesa preliminar era o momento processual adequado para a defesa arrolar testemunhas, não se prestando, para tanto, a fase de diligências do artigo 499 do Código de Processo Penal. O defensor, devidamente intimado para apresentação da defesa prévia, postulou a oitiva de uma testemunha, quedando-se inerte quanto à oitiva dos agentes de fiscalização da ANATEL, operando-se, portanto, a preclusão. Preliminar rejeitada.*

(...) (g.n.).

[ACR 00057412320054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:15/12/2011].

Em idêntico sentido:

PENAL - PROCESSO PENAL - PECULATO - EMPRESA PÚBLICA - ARTIGO 327 DO CP - FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL - ARTIGO 312, §1º DO CÓDIGO PENAL - DEFESA PRELIMINAR - AUSÊNCIA - NULIDADE INOCORRENTE - PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS - RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO.

1. Mesmo em face da inobservância da norma contida no artigo 514 do Código de Processo Penal, só se verifica a nulidade processual em face do prejuízo à defesa.

2. O prejuízo à defesa do acusado deve ser alegado na primeira oportunidade de sua manifestação nos autos, sob pena de preclusão.

3. É dispensável a providência do artigo 514 do Código de Processo Penal quando a denúncia foi precedida de inquérito policial, como ocorreu na espécie. Preliminar rejeitada.

4. Também não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, na fase de diligências, até mesmo porque, àquela época, já havia se operado a preclusão processual.

(...) (g.n.).

[ACR 00017943620024036121, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA:21/05/2010, PÁGINA: 287].

No caso dos autos, a extemporaneidade e impertinência do requerimento probatório aqui alvitado pelo acusado se mostra ainda mais aberrante, na medida em que, sequer, a fase do *art. 402 do CPP* foi respeitada para fins de realização da prova (embora para tal devidamente intimado, *fls. 1373/1374*), vindo à lume a alegação apenas na fase do *art. 403* daquele diploma processual, o que ainda mais remarca o sentido de intempestividade da pretensão defensiva.

Por outro lado, o requerimento efetuado pela defesa se mostra absolutamente genérico e indeterminado, na medida em que não se dá ao trabalho de nem mesmo indicar quais documentos ou declarações deveriam ser submetidos a exame pericial, sustentando, genericamente, a imprescindibilidade da produção da prova, o que, como já dito, não tem lugar de ocorrer, dada a preclusão para seu requerimento.

Nesse sentido, o seguinte julgado do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*, cuja ementa transcrevo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. MEDIDA LIMINAR. INDEFERIMENTO. EXAME GRAFOTÉCNICO. REQUERIMENTO. FASE PROCESSUAL INOPORTUNA. PROVAS ORAIS E OUTRAS DILIGÊNCIAS JÁ REALIZADAS. AUSÊNCIA DO RÉU.

1. Não há como deferir medida liminar e determinar a suspensão do andamento de processo, a fim de que seja feita perícia em escritos, quando o pedido é formulado após a colheita de provas orais e a realização de diligências, às quais o acusado não compareceu, porque não encontrado.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (g.n.).

[*AGRHC - AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS - 233122 2012.00.27116-6, ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:29/08/2012*].

Com tais considerações, *rejeito* a preliminar suscitada pela defesa, e indefiro o requerimento para realização de prova pericial.

Não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidade e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. Feito bem processado, contraditório preservado, pares legítimas e bem representadas, o feito se encontra em termos para receber julgamento. Passo ao exame do mérito da presente ação penal.

#### *DAS IMPUTAÇÕES TÍPICAS DA DENÚNCIA.*

Pela denúncia, os delitos imputados estão descritos nos *artigos 288 e 299, do CP e nos artigos 1º I e II, e 2º, I, c.c. o artigo 12, I, da Lei nº 8.137/90, verbis:*

#### *QUADRILHA OU BANDO*

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.  
(Redação anterior à vigência da Lei nº 12.850/2013)

#### FALSIDADE IDEOLÓGICA

*Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.  
Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

#### LEI 8.137/90

*Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*

*I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*

*II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*

*III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*

*IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*

*V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.*

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

*Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*

*I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;*

*II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*

*III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;*

*IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;*

*V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.*

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa

*Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:*

*I - ocasionar grave dano à coletividade; (g.n.).*

Diante dos termos em que redigidos tal dispositivo legal, trata-se de delito praticado contra a ordem tributária, consistente, no caso em tela, na supressão de pagamento de tributo. O núcleo do tipo consiste na supressão ou redução do tributo, consubstanciando-se em

crime de dano. E é esta, consoante o reconhecem doutrina e jurisprudência, a distinção que se estabelece entre o delito previsto no *art. 1º, da Lei n. 8.137/90* e o do *art. 2º, do mesmo diploma legal*. A distinção é antiga, havendo, neste sentido, diversos precedentes. Por tantos, cito o seguinte, firmado no âmbito do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO: RSE 1377/ SP; 2008.61.14.001377-5; Primeira Turma; Rel.: Juíza Federal Convocada Sílvia Rocha; Data da decisão: 15/02/2011; Data da publicação: 15/02/2011*.

No caso dos autos, está mais do que evidenciado que, a partir da conduta sindicada nos autos, efetivamente ocorreu a supressão dos tributos devidos, consubstanciando, portanto, crime de dano, delito de resultado a perfazer a subsunção ao disposto no *art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90*.

#### *DE MATERIALIDADE DOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL*

A materialidade delitiva do delito previsto no *art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90*, está bem demonstrada nos autos do Procedimento Investigatório Criminal (*Apenso I*). Os documentos juntados descrevem quais foram os créditos suprimidos durante o período de tempo medeado entre *janeiro de 2003 e dezembro de 2005*. Ademais, o documento de *fls. 346/347* do inquérito policial informa que os créditos tributários estão devidamente constituídos na esfera administrativa. Tenho, pois, por comprovada a *materialidade* delitiva das condutas em apreço.

#### *DE AUTORIA PARA ESSES DELITOS*

A partir daquilo que se extrai da instrução processual, a autoria delitiva para o delito de natureza fiscal aqui em causa, em face de *todos os acusados*, se acha cabalmente demonstrada.

As testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, ouvidas em sede judicial, sob o crivo do contraditório, assim se manifestaram:

*TEREZA DE JESUS SILVA*, afirmou ser esposa do acusado *ARISTIDES* e que, tanto este réu quanto a testemunha forneceram seus documentos pessoais ao corrêu *SÉRGIO*, sendo incluídos como sócios da empresa “*MC USINA DE ÁLCOOL*”, e que, de fato, seu esposo era motorista do aludido corrêu. Afirmou, ainda, não ter recebido qualquer valor em decorrência disso. Afirmou, por fim, que assinou diversos documentos na época, mas que não se recordava se estariam relacionados com a empresa.

Por sua vez, a testemunha *MARCELO JOSÉ CALCIDONI*, afirmou ter sido proprietário da empresa investigada, a qual foi vendida a *ARISTIDES MARTINS* e sua esposa, por intermédio de agentes corretores, dentre os quais *MARCELO VICTURE*. Afirmou, ainda, que com o passar do tempo constatou que a empresa não pertenceria de fato a *ARISTIDES* e sua esposa, se recordando que os nomes referenciados sempre eram de *MARCELO CARPI* e *SERGIO*, e que chegou a conhecer *MARCELO CARPI* ao receber valores correspondentes ao arrendamento de equipamentos instalados na Usina. Afirmou que os pagamentos eram realizados pelo corrêu *ROGÉRIO*, porém a direção do empreendimento estava a cargo de *MARCELO CARPI* e *SERGIO*, que detinham a palavra final nas decisões. Afirmou, ainda, que *ARISTIDES* era seu contato mais constante na empresa.

Por seu turno, a testemunha *SERGIO ANDRE MOTA*, afirmou ter trabalhado na empresa investigada, na parte financeira, na cidade de Recife/PE e que mantinha constante contato com os acusados *MARCELO CARPI* e *MARCELO VICTURE*, na consecução dos trabalhos. Afirmou que *MARCELO VICTURE* detinha procuração outorgada por *ARISTIDES* e que as ordens para desenvolver seus trabalhos vinham de *MARCELO VICTURE*.

De outro lado, a testemunha *JOSÉ WILSON DA SILVA*, afirmou ter recebido procuração, outorgada pelo acusado *ARISTIDES*, sob ordem de *MARCELO CARPI*, para abrir uma conta

corrente, em nome da empresa, no Banco Bradesco, na cidade de Paulínia/SP, porém não foi possível concretizar a transação, pois havia exigência da presença física dos sócios. Afirmou que o corréu ROGÉRIO era o responsável pelos pagamentos da empresa PANMÉRICA, de propriedade do corréu SÉRGIO, cabendo ao corréu MARCELO CARPI a negociação de combustíveis, afirmado que tanto o corréu ROGÉRIO, quanto o corréu MARCELO CARPI, tinham que se reportar ao corréu SÉRGIO. Afirmou que a atuação de MARCELO VICTURE se assemelhava a do corréu SERGIO nas negociações e que este último, era de fato, proprietário da empresa aqui investigada, além da PANMÉRICA.

Por fim, a testemunha *RODRIGO COUTO DA CRUZ*, nada trouxe aos autos de relevante para o deslinde da ação, tratando-se testemunha de antecedentes.

*MARCELO CUNHA CARPI*, em seu *interrogatório* perante este Juízo, afirma ter trabalhado na empresa PANMÉRICA, de propriedade do acusado SERGIO CARVALHO, que distribuía combustíveis, como gerente comercial, a qual comprava álcool da empresa MC USINA, onde mantinha contato com os corréus MARCELO VICTURE e ARISTIDES. Afirmou que o acusado ARISTIDES tinha livre acesso à empresa PANMÉRICA, negando ter solicitado ao mesmo qualquer procuração em favor de JOSÉ WILSON DA SILVA.

Por sua vez, *ARISTIDES MARTINS*, em seu *interrogatório*, afirmou que trabalhava como motorista carreteiro para o corréu SERGIO o qual lhe pediu para que constasse como sócio na empresa MC USINA, e que assinava tudo o que este lhe apresentava, pois tinha confiança no mesmo. Afirmou que se deslocou até São Paulo para assinar a compra da empresa, juntamente com o corréu MARCELO VICTURE, o qual comandava o empreendimento. Afirmou que outorgou procuração a MARCELO VICTURE para gerir o negócio e que sempre assinava documentos a seu pedido, sempre sob as ordens do corréu SERGIO. Afirmou que MARCELO CARPI ficava na cidade de Paulínia/SP, onde trabalhava em conjunto com o corréu ROGÉRIO, na empresa. Afirmou que outorgou procuração aos acusados MARCELO CARPI e MARCELO VICTURE. Afirmou, ainda, que MARCELO CARPI também respondia pela empresa, pois cuidava da parte financeira. Afirmou que todos os envolvidos no negócio recebiam ordens do corréu SERGIO. Afirmou, ainda, que ficava a disposição do acusado SERRGIO, para prestar serviços de motorista pelo valor de R\$ 500,00 e que, quando fazia alguma viagem recebia mais R\$ 1.300,00.

É *inconteste*, a meu ver, a *autoria* dos delitos.

Ainda que os acusados pretendam se eximir da responsabilidade aqui apurada, tudo que se colheu da instrução processual, seja pela farta documentação constante do procedimento fiscal, seja pelo teor dos depoimentos prestados, não se pode chegar a outra conclusão senão aquela constante da denúncia, de que a empresa “MC USINA DE AÇUCAR E ÁLCOOL”, conduzida pelos réus, efetivamente suprimiu, por completo, os tributos devidos.

Nada daquilo que consta do Procedimento Fiscal e do Inquérito Policial, conjugado com o que se colheu da instrução processual, especialmente das provas testemunhais, dá conta de abrigar as teses das defesas de ausência de autoria em relação aos delitos que aqui se cuida, na medida em que os acusados buscam, em suma, atribuir toda a prática delitiva ao acusado SERGIO ROBERTO DE CARVALHO, atribuindo-lhe a real propriedade do empreendimento, não encontrado para responder a ação, e, em face de quem, o curso está suspenso.

Análise dos depoimentos antes referidos dá conta de que todos os acusados tiveram participação *efetiva* e *direta* nas práticas delitivas aqui em estudo, demonstrando concurso relevante para a consumação da apropriação tributária de que se lastima a inaugural.

Assim é que, embora os réus neguem terem tido qualquer participação dos negócios da

pessoa jurídica aqui em questão (MC USINA DE ÁLCOOL), o certo é que testemunha JOSÉ WILSON DA SILVA, afirma haver recebido procuração outorgada pelo co-réu ARISTIDES MARTINS, sob as ordens de MARCELO CARPI, para abrir conta corrente junto a instituição bancária oficial, o que somente não ocorreu por exigência da presença física dos titulares. Já a testemunha SÉRGIO ANDRÉ MOTA, afirmou haver trabalhado junto à empresa investigada (MC USINA), na parte financeira, e, embora ficasse lotado na cidade de Recife/ PE, mantinha comunicação frequente com os co-réus MARCELO CARPI e MARCELO VICTURE.

Por seu turno, a testemunha MARCELO JOSÉ CALCIDONI, proprietário anterior da usina, informa que, muito embora a empresa tenha sido formalmente vendida a ARISTIDES MARTINS e sua esposa, acabou percebendo, com o decorrer do tempo, que isso, na prática, não correspondia à verdade, afirmando que os nomes que eram mais frequentemente envolvidos eram os de MARCELO CARPI e SÉRGIO, mencionando haver conhecido o co-réu MARCELO CARPI por conta de pagamentos correspondentes ao arrendamento de equipamentos instalados no interior daquele empreendimento. Por fim, conclui a testemunha que a direção da empresa passou a pertencer aos co-réus MARCELO CARPI e SÉRGIO, que detinham a palavra final nas decisões empresariais.

Nesse contexto de fatos, também não há como emprestar credibilidade à tese desenvolvida pelo acusado ARISTIDES, de que não recebia qualquer vantagem por ter cedido seu nome para figurar como sócio da empresa investigada, vez que os depoimentos das testemunhas, em consonância com as declarações prestadas pelos demais co-réus, dão conta de que este acusado não apenas não ignorava o andamento que era empreendido ao negócio, como o conhecia perfeitamente bem, e atuou em algumas oportunidades para viabilizar a consecução de certas etapas do estratagema criminoso. Nesse ponto, anote-se a arguta a percepção do *Em. Procurador da República* que assina as alegações finais do *Ministério Público Federal* (fls. 1387), nos termos seguintes:

Ademais, verifica-se que ARISTIDES não era totalmente alheio aos negócios da MC USINA, tendo outorgado procurações para atuarem em nome da empresa, mantido contato com o ex-sócio Marcelo José Calcidoni, que declarou em juízo que o réu era o seu “canal de comunicação” com os responsáveis da empresa MC USINA, além de algumas vezes ter comparecido na empresa PANAMÉRICA (que supostamente comprava álcool da MC Usina, segundo MARCELO CARPI), sendo que em algumas oportunidades foi feito pagamento direto para o réu a pedido de SERGIO ROBERTO, conforme afirmado por MARCELO CARPI.

Nessa conjuntura, não há como avaliar as teses jurídicas desafiadas pelas defesas técnicas dos aqui acusados, porque não há nenhuma credibilidade quanto à versão de que os mesmos não exerceram os atos que lhes foram imputados, ou que ignoravam, por completo, que a empresa foi constituída com o fito de burlar o Fisco, uma vez que, daquilo que foi possível extrair da instrução criminal que ora desce a talho, todos os acusados aqui em questão *detinham o poder de fato* sobre a imanência do fluxo causal da conduta a eles imputada, na condição de gestores do empreendimento em que se verificaram os fatos arrolados na capitulação inicial.

Bem nesse sentido, lecionam renomados penalistas que, *verbis*:

A teoria do domínio funcional do fato, adotada por grande número de doutrinadores, resolve o problema [da autoria] com argumentos das teorias objetiva e subjetiva, acrescentando, ainda, um dado extremamente importante, qual seja, a chamada divisão de tarefas.

Quando nos referimos ao domínio do fato, não estamos querendo dizer que o agente deve ter o poder de evitar a prática da infração penal a qualquer custo, mas, sim, que, com relação à

parte do plano criminoso que lhe foi atribuída, sobre esta deverá ter o domínio funcional. O domínio será, portanto, sobre as funções que lhe foram confiadas e que têm uma importância fundamental no cometimento da infração penal.

Bacigalupo, com extrema didática e clareza, anuncia:

O domínio do fato é um conceito regulativo (Roxin-Henckel); não é um conceito onde é possível dar uma fórmula fechada, senão que depende das circunstâncias totais do fato mesmo. Somente na presença de todas as circunstâncias se pode estabelecer quem “dominou o fato”, quem é o que “tem as rédeas dos fatos nas mãos”; ou bem quem é o que pode decidir que o fato chegará à consumação, o qual geralmente é correlativo de quem pode decidir se o fato continua ou se desiste dele; o que possui o manejo dos fatos e o leva à sua realização, é autor; o que simplesmente colabora, sem ter poderes decisórios a respeito da consumação do fato é partícipe.

Nilo Batista, com autoridade, depois de afirmar que a ideia de divisão de trabalho é fundamental ao conceito de co-autoria, dissertando sobre o domínio funcional do fato, aduz:

Só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação (instigação ou cumplicidade). O domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio integral do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o fato concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências como “Se” e o seu “Como”; apenas face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir o sucesso. Pode-se entretanto afirmar com Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, “através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato”. (grifei, anotei).

[GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal – Parte Geral, v. I, Niterói: Ed. Impetus, 2008, p.435-36]

Nesse particular, a jurisprudência de nossas Cortes Regionais vem, reiteradamente, decidindo que, em se tratando de delitos cometidos no âmbito ou por intermédio de sociedades empresariais, o elemento decisivo para a caracterização não apenas da *autoria* do delito, bem assim do *dolo* a animar a conduta do agente é o *poder de gestão que ele detém* sobre o desenrolar do *iter criminis*, presente quando o empresário exerce de fato a gestão sobre o empreendimento. Em precedente que decorre de caso bastante similar, é extremamente pedagógico o precedente oriundo do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, da lavra da *Em. Desembargadora Federal Dra. RAMZA TARTUCE*. Do voto condutor, extraio o seguinte excerto, *verbis* (ACR 199903990266259, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1, DATA: 24/11/2011):

Por fim, destaco o depoimento da irmã do apelante, prestado perante a autoridade policial (fl.447), tendo sido o feito arquivado em relação a ela (fl.643), a pedido do próprio órgão acusador no aditamento à denúncia (fl.06), por não ter participado efetivamente da gerência e administração da empresa, que eximindo-se de responsabilidade penal, apontou seu irmão, o ora apelante, como o responsável pela condução de todas as empresas do grupo, dentre elas, a “HasoTecnologia de Plásticos Ltda. Confira-se:

(...) informa enfaticamente que não tinha qualquer atribuição no âmbito da empresa; QUE entretanto, informa que seu irmão THOMAS WILLI ENDLEIN era a pessoa que cuidava da condução de todas as empresas do grupo, em cujo elenco está a HASO TECNOLOGIA; QUE também é verdadeiro que seu irmão nomeava gerentes das respectivas áreas no âmbito das empresas.

Sobre o tema, colaciono os ensinamentos de José Paulo Baltazar Júnior, *in verbis*:  
É preciso determinar quem efetivamente detinha o poder de mando na empresa, decidindo pelo recolhimento ou não das contribuições descontadas dos empregados. Em outras palavras, deve ser responsabilizado o réu ou réus que detinham o domínio do fato, com poderes para fazer com que a omissão ocorresse ou não.

(in, Direito Previdenciário - aspectos materiais, processuais e penais, 2º edição, Editora Livraria do Advogado, PoA, 1998, p. 287).

Assim, restou demonstrado nos autos, e não há qualquer dúvida a respeito, que o réu, ora apelante, era administrador da empresa, com concentração dos poderes de gerência, situação suficiente a demonstrar o dolo, ao menos genérico, que imbuíu sua conduta, quando da retenção das importâncias recolhidas dos empregados e não repassadas à Previdência (grifei).

Nesse mesmo sentido, há diversos precedentes jurisprudenciais, cumprindo indicar, do C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o seguinte:

**HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 54, CAPUT, DA LEI nº 9.605/98. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PACIENTE QUE PASSOU A INTEGRAR A SOCIEDADE E GERIR A EMPRESA DENUNCIADA APÓS ALGUNS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA NA OPORTUNIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. *No caso em apreço, emerge da cópia do contrato social da empresa, datado de 30-6-2005, que o paciente Thiago Carlos Benedito não consta como um dos sócios da mencionada pessoa jurídica desde a sua formação, somente vindo a integrá-la em 14-7-2006 pela transferência das ações de algumas sócias, ocasião em que passou a exercer as funções de gerência e administração da sociedade. Percebe-se, assim, que o paciente está sendo responsabilizado por três delitos ocorridos em momento anterior à sua inclusão como sócio-gerente da empresa - em 22-10-2005, 29-10-2005 e, 25-3-2006, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois nos crimes praticados no âmbito de sociedades empresárias, para a instauração de processo criminal, deve-se demonstrar a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a função exercida pelo administrador na empresa (Precedentes).*

3. Somente deve ser punido aquele que tem o poder de direcionar a ação da pessoa jurídica e que tem responsabilidade pelos atos praticados, sempre tendo como fundamento a existência de culpa e dolo - sob pena de operar-se a responsabilidade objetiva - de tal sorte que na hipótese dos autos o paciente não tinha o domínio da maioria dos fatos narrados na exordial, porquanto sequer fazia parte da pessoa jurídica denunciada, sendo inadmissível, portanto, a sua responsabilização por atos pretéritos ao seu ingresso e gestão na empresa.

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES FORMULADAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL PERTINENTES COM A CAUSA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE OBSERVADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.** 1. O art. 89 da Lei nº 9.099/95 dispõe que oferecido o benefício, serão impostas algumas condições legais e facultativas a serem cumpridas pelo acusado, de maneira que estas sempre deverão observar o princípio da proporcionalidade ou adequação para que sejam satisfeitos os objetivos da medida, quais sejam, a prevenção de novas infrações, bem como a extinção da punibilidade. 2. As condições estabelecidas pelo *Parquet* são pertinentes e se mostram adequadas aos fatos e à situação dos pacientes, não se vislumbrando evidente desproporcionalidade a ponto de invalidá-las, de tal sorte que não cabe ao Poder Judiciário, neste momento, adentrar na esfera de interesse da parte que poderá ou não aceitar a proposta

de acordo com a sua disposição em cumprir os requisitos para evitar o prosseguimento da ação penal e eventual sentença condenatória. 3. Ordem parcialmente concedida (g.n.). [HC 200802407394, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/12/2010].

Estabelecido, assim, que, no caso concreto, os acusados, todos, efetivamente detinham o poder de gestão sobre o empreendimento, está presente a sua ingerência sobre o fluxo causal da conduta imputada, o *domínio do fato*, a desvelar autoria do delito aqui em causa, em conduta animada pelo *dolo*, consubstanciado na vontade dirigida à prática do ato que vulnera as elementares dos tipos penais proibitivos de que aqui se cuida.

Por todas essas razões, tenho por comprovadas a *materialidade* e a *autoria*, para todos os acusados, do delito fiscal imputado na denúncia. Presente o elemento anímico da conduta a perfazer todos os recortes típicos penais das normas incriminadoras, entendo que há incursão penal relevante sobre a objetividade jurídica tutelada pela norma penal. Em se tratando, como visto de fato típico e ilícito, ausentes quaisquer causas de exclusão, quer de antijuridicidade, quer da culpabilidade, é *positivo* o juízo de censurabilidade das condutas indicadas na denúncia.

*Nada obstante*, pese não se mostrar possível a exclusão, seja da autoria, seja da culpabilidade de todos os acusados em relação aos fatos imputados na inicial acusatória, entendo que o evoluir da instrução caminhou no sentido de demonstrar, satisfatoriamente, que o grau de envolvimento deles em relação às decisões gerenciais aqui discutidas foi diferente, de sorte a produzir algum reflexo sobre a *medida da culpabilidade* relativa aos delitos imputados. Deveras, de tudo o quanto se amealhou em instrução, e até mesmo foi confirmado pelos réus em seus respectivos interrogatórios, não restam dúvidas no sentido de que a atividade de gestão dos réus *MARCELO CUNHA CARPI* e *MARCELO ICARO MONTE VICTURE* se operava de forma mais próxima e conexa aos eventos aqui descritos, no que seus papéis na empresa eram voltados para a área de gestão administrativa e financeira do empreendimento. Daí porque, e embora não se possa isentar o acusado *ARISTIDES MARTINS* das responsabilidades iminentes à posição de sócio que exercia na empresa – e muito menos ser o caso de se reconhecer participação de somenos importância –, é de se ponderar que, em razão de sua atribuição, por assim dizer, *mais adjeta ou colateral* em relação aos fatos capitulados na denúncia, mostra-se justificável a consideração dessa circunstância no momento apropriado da dosimetria da pena.

*Procede*, por tais razões, e nestes termos, a pretensão punitiva do Estado.

CRIME DE QUADRILHA. PRESCRIÇÃO PELO MÁXIMO DA PENA ABSTRATAMENTE COMINADA AO DELITO.

Análise dos termos em que lavrada a denúncia oferecida pelo D. Órgão do Ministério Público Federal permite concluir que a inicial acusatória imputa aos ora requeridos a responsabilidade pela consumação dos delitos de que ali se trata no período que se estendeu entre janeiro de 2003 e dezembro de 2005.

Considerando a natureza *permanente* do delito de formação de quadrilha (*art. 288 do CP*), observa-se que o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva se dá com a cessação da permanência, nos termos de pacífica jurisprudência firmada no âmbito do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*:

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA

CORTE. PENAL. QUADRILHA, PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO E CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DELITOS PERMANENTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, “no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício”.

3. Os crimes imputados ao Paciente na denúncia, recebida em 27 de abril de 2010, são permanentes, nos quais o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência, diretamente relacionada à vontade do sujeito ativo do delito, que pode fazer cessar ou não a consumação dos delitos.

4. E, ainda que se considere que as condutas criminosas imputadas ao Paciente são instantâneas de efeitos permanentes, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Estado, porque não transcorrido o prazo necessário.

5. Considerou o acórdão impugnado que a quadrilha agiu pelo menos até o recebimento da denúncia, tanto que, apesar de o parcelamento ilegal do solo urbano ter se iniciado há mais de dez anos, pelo menos até novembro de 2009, existiam lotes ilegais reservados para a venda.

6. Outrossim, a continuidade do loteamento irregular na área de conservação manteve e agravou danos ambientais iniciais. Foi constatada a existência de vegetação sendo ainda destruída e a contínua contaminação dos corpos hídricos do local, prolongando-se as lesões ao meio ambiente.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 8. *Habeas corpus* não conhecido. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora (g.n.).

[Acórdão n. 2011.01.31799-2; Classe: HC - *HABEAS CORPUS* – 209195; Relator(a): LAURITA VAZ; Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; Órgão julgador: QUINTA TURMA; Data: 23/04/2013; Data da publicação: 30/04/2013; Fonte da publicação: DJE DATA:30/04/2013].

Ora, tomando em consideração que o intervalo temporal em que se deram as condutas imputadas aos acusados atingiu, no limite máximo, à competência referente ao mês de *dezembro/2005*, sem nenhuma evidência de que tenha se estendido para além disto, é esse o marco inicial, *dies a quo*, da fluência do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal. Assim, e considerando-se o máximo da pena abstratamente cominada ao delito associativo (3 anos), verifica-se que, ao tempo em que recebida a denúncia (*art. 117, I do CP*), em 10/02/2014 (*fls. 358-vº*), já havia escoado, por inteiro, o prazo prescricional para a punibilidade desse delito, nos termos do *art. 109, IV do CP* (8 anos). Nesses termos, reconhecida, *com base na pena em*

*abstrato*, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, impõe-se, em relação a este delito, a *extinção de punibilidade dos acusados*, todos eles, nos termos do *art. 107, IV do CP*. É o que se proclama.

**ABSORÇÃO DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. CONSUNÇÃO.**

*Preliminarmente*, no que diz com a *materialidade* delitiva da conduta tipificada pelo *art. 299 do CP*, tenho que se encontra bem comprovada nos autos, já que restou cabalmente demonstrado que foi inserido no contrato social da empresa aqui investigada informação falsa, indicando como proprietário o corréu ARISTIDES MARTINS, fato desmentido, desde as investigações em sede policial, conforme declarações prestadas pelos acusados.

Por seu turno, a autoria para esse delito também se mostra absolutamente *inconteste*, na medida em que os acusados – cientes de que a empresa não pertencia àquele que estava declarado no documento – se valeram, de forma reiterada e habitual, de procurações outorgadas pelo interposto ou fictício proprietário (que, por sua vez, também tinha ciência de que o documento que lhe atribuía a propriedade da empresa era ideologicamente falso) para a finalidade de realizar transações comerciais e financeiras de seu interesse, em nome de terceiros, elidindo, ou ao menos tentando, a configuração da sujeição passiva relativa às obrigações tributárias correspondentes, que lhes pudessem atribuir qualquer responsabilidade sobre os fatos imponíveis, seja no âmbito fiscal, seja no criminal. Configurado, portanto, o delito de falsidade ideológica, seja no seu aspecto de materialidade, seja no de autoria.

Isso devidamente estabelecido, é de se ponderar, em primeiro lugar, que o delito de sonegação fiscal absorve o outro, autônomo, previsto no *art. 299 do CP*, na medida em que o crime de falsidade ideológica perpetrado pelos réus, não revela ostentar maior potencialidade lesiva do que aquela já desvelada pela sonegação fiscal aqui em questão, na medida em que utilizado como meio ou um desdobramento do *iter criminis* da conduta criminosa que redundou na supressão indevida de valores devidos ao Fisco pelos ora acusados.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência, conforme se vê do seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA PRATICADA COM O INTUITO DE SONEGAR TRIBUTO (IPVA). NARRATIVA CONSTANTE DA PRÓPRIA DENÚNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é aplicável o princípio da consunção quando os crimes de uso de documento falso e falsidade ideológica - crimes meio - são praticados para facilitar ou encobrir a falsa declaração, com vistas à efetivação do pretendido crime de sonegação fiscal - crime fim -, localizando-se na mesma linha de desdobramento causal de lesão ao bem jurídico, integrando, assim, o *iter criminis* do delito fim (EREsp n. 1.154.361/MG, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 6/3/2014).
2. Segundo a denúncia, empresas do ramo de locação de veículos, localizadas no Estado da Bahia, com a finalidade de suprimir o pagamento do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) [...], promoveram a constituição fictícia de filiais no Estado do Tocantins, para registro de seus veículos no órgão de trânsito daquele Estado, a fim de usufruir de política tributária de incentivo ali promovida.
3. Encontrando-se a falsidade ideológica na linha de desdobramento causal de delito contra a ordem tributária, impõe-se a aplicação do princípio da consunção na hipótese vertente, afastando-se a existência de delito autônomo.
4. Recorrente não denunciado pelo delito contra a ordem tributária, em razão da extinção da

punibilidade, pelo pagamento integral do débito, antes do recebimento da denúncia.

5. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0317765-10.2011.8.05.0001, em curso na 2ª Vara Criminal da comarca de Salvador/BA, com relação ao réu Joaquim Carlos de Carvalho Menezes (g.n.).

[RHC - RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 34312 2012.02.38521-5, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:09/02/2017].

Reconheço, portanto, a absorção do delito de falsidade ideológica (*crime-meio*) pelo de sonegação fiscal (*crime-fim*), que desvela o intuito finalístico da conduta dos acusados.

#### DA CONTINUAÇÃO DELITIVA

A conduta praticada pelos acusados, tal como constou da denúncia, ocorreu entre os meses de *janeiro de 2003 a dezembro de 2005*. Observo que as condutas típicas praticadas, uma para cada mês em que não houve o recolhimento dos tributos devidos, foram praticadas em continuação, pela semelhança das condições de forma, tempo e local para o cometimento das infrações. Aplica-se, então, a causa de aumento do crime continuado (*art. 71, caput, do CP*) que, pela natureza do delito em pauta (geralmente é praticado em continuação) e, *in casu*, pelo período em que infrações cometidas (período de *35 meses*), deve ser fixada em *1/3* (um terço).

#### DA APLICAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA.

Nesta conformidade, passo à dosimetria, considerada, nos termos constitucionais a necessidade de individualização das penas aplicáveis, na medida das culpabilidades dos agentes envolvidos, na forma estabelecida pelo *art. 68 do CP*, nos seguintes termos:

#### PARA OS ACUSADOS MARCELO CUNHA CARPI E MARCELO ICARO MONTE VICTURE

Os réus aqui em causa estão denunciados segundo diversas incidências penais, em curso material, ostentando idêntica situação no que tange às suas culpabilidades, de forma que procederei à dosimetria segundo cada qual das condutas, separadamente, como o objetivo de facilitar a compreensão.

Com relação ao delito de sonegação fiscal, previsto no *art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90*, atento às diretrizes do *art. 59 do CP*, observo, que os réus são tecnicamente primários, uma vez que não ostentam condenações criminais no quinquênio anterior aos fatos criminosos aqui desvelados. *Entretanto*, entendo que, nesta *primeira fase*, deva ocorrer *exasperação* em relação ao *mínimo da pena-base* a ser aplicada, não apenas em razão do papel de relativa preponderância, nos termos já anteriormente explicitados, desses acusados, no cometimento das infrações penais aqui em questão, mas também em razão do esquema bastante sofisticado da fraude perpetrada pelos agentes, que contava com a dissimulação dos verdadeiros responsáveis e/ ou interessados nas transações sujeitas à tributação suprimida, com emprego de procurações e mandatos fictícios para a realização das transações inquinadas, o que dificulta o processo atributivo de responsabilidade não apenas sob o prisma da tributação em si mesma, mas também sob o ponto de vista da *persecutio criminis*, o que revela maior potencialidade lesiva da conduta e periculosidade dos agentes com ela envolvidos. *Por outro lado*, entendo que outra consideração cabível para o momento é que o delito de sonegação fiscal de que aqui se cogita absorve o de falsidade ideológica (*art. 299 do CP*), circunstância que deve ser sopesada na dosimetria, vez que, consoante já se reconheceu, estão presentes os elementos de culpabilidade dos agentes também com relação a esse delito, embora que absorvido pelo delito fim de caráter fiscal. Por tais razões, entendo que a *pena-base* deva sofrer proporcional *exasperação* em relação ao *mínimo legal*, para fixá-la, nesta etapa, para esses acusados, em *4 anos e 6 meses*

de reclusão, o que considero necessário e suficiente a um juízo de censurabilidade da conduta praticada e à prevenção geral do delito<sup>1</sup>.

*Em segunda fase* da dosimetria, verifico que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a considerar.

*Em terceira fase*, atente-se para o fato de que estão presentes duas causas de aumento de pena, uma delas especial prevista em legislação extravagante (correspondente ao *art. 12, I da Lei n. 8.137/90* – conduta da qual resulta grave dano à coletividade, decorrente da magnitude da lesão perpetrada), e a outra prevista na Parte Geral do Código Penal (correspondente ao *art. 71* – crime continuado). Observe-se, nesse sentido, a gravidade da lesão perpetrada contra a objetividade jurídica tutelada pela norma incriminadora (R\$ 26.023.681,73 – valor atualizado para 04/10/2013, cf. *fls. 346/347-vº do IPL*) bastante significativa para delitos dessa natureza, o que autoriza considerar essa circunstância para fins de estabelecimento da causa especial de aumento de pena, nos termos de pacífica jurisprudência, que indico:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, I, DA LEI 8.137/90, C.C. O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. PERÍCIA TÉCNICA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Réu condenado pelo cometimento do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, mediante continuidade delitiva.

2. Evidenciada a materialidade do delito por meio de documentos oficiais expedidos pela própria Receita Federal, torna-se dispensável a realização de perícia técnica para demonstrar o que está comprovado por robusta prova documental acostada aos autos, alicerçada em inquérito policial instaurado em decorrência do procedimento-administrativo fiscal que goza de presunção de veracidade. Preliminar rejeitada.

3. A materialidade e a autoria delitivas restaram comprovadas pelo conjunto probatório.

4. A tese da inexistência de conduta diversa não se aplica ao crime de sonegação fiscal, ao contrário do que ocorre nos crimes de apropriação indébita previdenciária, por envolver fraude.

5. Dolo configurado. O tipo penal descrito no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a perfectibilização do delito, que o sujeito queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciando o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito.

6. *Dosimetria. Pena aumentada na terceira fase, em um terço, em decorrência da aplicação do artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, vez que a quantia sonegada consistiu dano à coletividade.* De ofício, diminuída a fração de aumento face à continuidade delitiva para 1/3 (um terço), vez que a sonegação abrangeu quatro anos-calendário (2002 a 2005). Pena fixada definitivamente em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços e prestação pecuniária,

<sup>1</sup> Já antevendo a previsível e rotineira alegação de que a pena-base está superestimada para o caso concreto, adiro, em acréscimo ao que já consta do texto, as seguintes considerações: tendo por base – como já explicado – a sofisticação da conduta apresentada pelos agentes, bem como o grau relativo de preponderância dos mesmos em relação ao outro co-acusado, já se justificaria, isoladamente, o estabelecimento da pena-base para o delito previsto no art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90 em 3 anos e 6 meses de reclusão, justamente o patamar médio entre os extremos das reprimendas abstratamente consideradas para o tipo (2 a 5 anos). Agregando a isto a circunstância de que o delito aqui em causa absorve um outro de falsidade ideológica (CP, art. 299), tomando o acréscimo a tanto respeitante pelo mínimo da pena cominada ao crime-meio (1 ano), a pena-base atinge o patamar de 4 anos e 6 meses de reclusão, justamente o valor estabelecido para fins de pena restritiva de liberdade em primeira fase da dosimetria.

em valor condizente com a situação econômica do acusado).

7. Valor unitário da pena de multa mantido.

8. Apelações a que se dá parcial provimento, para redimensionar a pena, substituindo uma das penas restritivas de direito pecuniária para prestação de serviços à comunidade e reduzir a prestação pecuniária. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida e, por maioria, DAR PARCIAL PROVIMENTO aos apelos da acusação e da defesa, para redimensionar a pena em decorrência do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e do ajuste, de ofício, na fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, fixando-a, definitivamente, em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, destinada a entidade beneficente a ser definida pelo Juízo de Execução), no valor de 05 (cinco) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, mantida, no mais, a sentença recorrida, nos termos do voto do relator Des. Fed. Paulo Fontes, acompanhado pelo Des.Fed. André Nekatschalow (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 70658 0008102-84.2012.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2018].

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, DA LEI Nº 8.137/1990). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INACEITÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. FRAÇÃO DE AUMENTO DO ART. 12, INCISO I, DA LEI 8.137/90 MANTIDA.

1. Materialidade e autoria comprovadas.

2. Para a configuração do delito previsto no artigo 1º, da Lei 8.137/90, exige-se tão somente o dolo genérico.

3. A alegação de dificuldades financeiras como excludente é inaceitável quando a conduta omissiva resulta de uma ação fraudulenta engendrada para reduzir ou suprimir as obrigações tributárias do contribuinte.

4. *Dosimetria da pena. Manutenção da fração de aumento referente à causa especial de aumento de pena prevista no artigo 12, inciso I, da Lei 8.137/90.*

5. Apelação da defesa desprovida. Decisão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa de José Maria Albuquerque Maranhão, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado (g.n.).

[Acórdão n. 0005740-46.2016.4.03.6114, Classe: Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 74549, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, Órgão julgador: QUINTA TURMA, Data: 17/09/2018, Data da publicação: 25/09/2018, Fonte da publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2018].

Pois bem. Fixada a incidência da causa especial de aumento de pena (*art. 12, I da Lei n. 8.137/90*), juntamente com a causa geral decorrente da continuidade delitiva (*art. 71 do CP*), é de anotar que, nesses casos, de concomitância de causas de aumento de pena, previstas nas partes especial e geral da legislação penal, tem entendido a jurisprudência de nossas Cortes Federais que, *em terceira fase da dosimetria*, as causas de aumento e de diminuição devem ser aplicadas *uma a uma*, no conhecido “efeito cascata”, considerando-se, *em primeiro lugar*, as causas especiais de aumento e de diminuição previstas na Parte Especial do Código Penal ou

da legislação extravagante, inerentes ao tipo penal, e, *no momento subsequente*, as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral. Nesse sentido, indico excerto de valioso precedente do *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS EM CONCURSO MATERIAL COM O DELITO AUTÔNOMO PREVISTO NO ARTIGO 36 DA LEI 11.343/06. RECLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS NO ARTIGO 35 COMBINADO COM A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VII, AMBOS DA LEI DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO BENÉFICA AO RÉU. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO. EFEITO CASCATA. REGIME FECHADO MANTIDO.

(...)

XVI - Na terceira fase da dosimetria as causas de aumento e de diminuição de pena devem ser aplicadas uma a uma, no chamado efeito “cascata”, e não somadas e depois aplicadas de uma única vez. Além disso, as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial do Código Penal, inerentes ao tipo penal, devem ser aplicadas em primeiro lugar, ao passo que as causas de aumento e de diminuição da Parte Geral devem ser aplicadas na sequência. Nesse sentido: STJ, AgREsp 1021796, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, j. 19/03/2013, DJe 17/04/2013.

XVII - À vista do caso concreto, na terceira fase, a pena deve ser aumentada à razão de 5/8, dada a extensão e magnitude da atividade criminosa imputada ao ora apelante, tornando-se definitiva a pena de 06 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 1.516 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

XVIII - Para determinação do regime inicial (...) (g.n.).

[Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016].

Atento a esta orientação, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da *causa especial de aumento* decorrente do expressivo dano à coletividade revelado pela conduta incriminada, o que eleva a *pena-base* aplicada ao patamar mínimo de 1/3, previsto no *art. 12, I, da Lei n. 8.137/90*, do que resulta, nesta operação, a pena privativa de liberdade de *6 anos de reclusão*.

Além disso, presente a causa geral de aumento de pena concernente ao *crime continuado* – eis que as condutas relativas a crime de mesma espécie foram praticadas no mesmo período e no mesmo lugar e, pela forma de sua execução, devem ser havidas como continuação da primeira –, razão pela qual entendo cabível, nos termos do *art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de 1/3. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *8 anos de reclusão*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa torno definitiva para o caso em apreço.

Quanto à *pena de multa*, atento às mesmas diretrizes, e de modo a guardar uma relação de proporcionalidade em relação à pena corporal aqui aplicada, fixo-a em *350 dias-multa*, para cada qual dos réus, de valor unitário estabelecido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data de consumação do fato.

Estabeleço, para *início* de execução, *regime semi-aberto*, nos termos do que prescreve o *art. 33, § 2º, 'b' do CP*.

PARA O ACUSADO ARISTIDES MARTINS

Da mesma forma, nos termos do *art. 59 do CP*, observo, que o réu ora em causa é

tecnicamente primário. Daí porque, *em primeira fase* da dosimetria, no que toca ao delito previsto no *art. 1º, I e II, da Lei 8.137/90*, considerando – *nos termos já anteriormente explicitados* – a relativa sofisticação da fraude perpetrada pelos agentes, a dificultar não apenas o processo de definição da sujeição passiva ao recolhimento dos tributos que seriam devidos, mas também a atribuição da responsabilidade criminal em relação aos ilícitos praticados, tudo a descortinar maior potencialidade lesiva da conduta e periculosidade dos agentes com ela envolvidos, a absorção do crime-meio de falsidade ideológica (*art. 299, CP*), bem como o *papel mais adjuvante desse acusado* em relação aos eventos aqui em estudo, nos termos já anteriormente reconhecidos, entendo que a *pena-base* deva sofrer exasperação em relação ao *mínimo legal*, para fixá-la, nesta etapa, para esse acusado, em *4 anos e 3 meses de reclusão*, o que considero necessário e suficiente a um juízo de censurabilidade da conduta praticada e à prevenção geral do delito<sup>2</sup>.

*Em segunda fase* da dosimetria, verifico que não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a considerar.

*Em terceira fase* da dosimetria, verifico, tal como já consignado anteriormente, a presença de dupla causa de aumento de pena, uma delas especial prevista em legislação extravagante (*art. 12, I da Lei n. 8.137/90*), e a outra prevista na Parte Geral do Código Penal (*art. 71*). Assim, e consideram-se as concausas de aumento de pena *uma a uma*, em primeiro lugar, as causas especiais previstas na legislação extravagante, e, no momento subsequente, as causas da Parte Geral do Código Penal (nesse sentido: *Ap. - APELAÇÃO CRIMINAL - 58943 0001106-61.2007.4.03.6004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/05/2016*). Deste modo, verifica-se, em primeiro lugar, a presença da causa especial de aumento decorrente do expressivo dano à coletividade revelado pela conduta incriminada, o que eleva a *pena-base* aplicada ao patamar mínimo de □ (*art. 12, I, da Lei n. 8.137/90*), do que resulta, nesta parcial, pena privativa de liberdade de *5 anos e 8 meses de reclusão*. Além disso, presente a causa geral de aumento de pena concernente ao crime continuado, razão pela qual é cabível, nos termos do *art. 71 do CP*, a imposição de um aumento de pena no patamar de □. Assim, a pena privativa de liberdade passa a ser de *7 anos 6 meses e 20 dias de reclusão*, que, à míngua de qualquer outra causa modificativa *torno definitiva* para o caso em apreço.

Quanto à pena de multa, atento às mesmas diretrizes, e de modo a guardar uma relação de proporcionalidade em relação à pena corporal aqui aplicada, fixo-a em *300 dias-multa*, de valor unitário estabelecido em *1/30* (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data de consumação do fato.

Estabeleço, para *início* de execução, *regime semi-aberto*, nos termos do que prescreve o *art. 33, § 2º, 'b' do CP*.

Em razão da natureza do delito praticado, do caráter e da quantidade das penas aplicadas, da extensão da lesão resultante da conduta perpetrada, totalmente inviável e não recomendada, para todos os acusados, a conversão das penas restritivas de liberdade aqui aplicadas em restritivas de direitos, bem como a aplicação dos benefícios de suspensão condicional das

2 Nos mesmos termos já consignados anteriormente em relação aos demais co-réus, tendo por base a sofisticação da conduta apresentada, bem assim a relativa adjuvância da participação desse acusado nos fatos se mostraria justificável o estabelecimento da *pena-base* para o delito previsto no *art. 1º, I e II da Lei n. 8.137/90*, para esse acusado, em *3 anos e 3 meses de reclusão*, pouco menos que a metade entre os extremos das reprimendas abstratamente consideradas para o tipo (2 a 5 anos). Agregando a isto a absorção do crime de falsidade ideológica (*CP, art. 299*), tomando o acréscimo a isto relativo pelo mínimo da pena cominada ao crime-meio (1 ano), a *pena-base* atinge o patamar de *4 anos e 3 meses de reclusão*, justamente o valor estabelecido para fins de pena restritiva de liberdade *em primeira fase da dosimetria*.

penas impostas.

*DISPOSITIVO*

*Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, a presente ação penal, e o faço para:*

*(A) DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE do acusado ROGÉRIO APARECIDO THOMÉ, devidamente qualificado nos autos, das imputações constantes da denúncia, em razão do seu óbito certificado nos autos, o que faço com fundamento no art. 107, I, do CP;*

*(B) RECONHECER A PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva do Estado, pela pena máxima cominada em abstrato, relativamente ao delito previsto no art. 288 do CP, e, nessa conformidade, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE dos acusados, todos eles, em relação ao delito capitulado nesse tipo penal, na forma do art. 109, IV c.c. art. 107, IV, ambos do CP;*

*(C) CONDENAR o acusado MARCELO CUNHA CARPI, devidamente qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71 do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 8 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP), bem como à pena de multa fixada em 350 dias-multa, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação do fato;*

*(C) CONDENAR o acusado MARCELO ICARO MONTE VICTURE, devidamente qualificados nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71 do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 8 anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP), bem como à pena de multa fixada em 350 dias-multa, para cada réu, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação do fato;*

*(D) CONDENAR o acusado ARISTIDES MARTINS, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71, do CP, impondo-lhe, em razão disso, pena privativa de liberdade de 7 anos e 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 2º, 'b' do CP), bem como à pena de multa fixada em 300 dias-multa, de valor unitário estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente à data de consumação dos fatos.*

Condeno os acusados ao pagamento das custas processuais.

As penas de natureza pecuniária deverão ser atualizadas, à época da execução, na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª região.

Com o trânsito, lancem-se os nomes dos acusados no Rol dos Culpados, extraíndo-se ofício dirigido à Justiça Eleitoral, para os fins do art. 15, III, da CF, bem como aos demais órgãos de estatística.

*Ciência ao Ministério Público Federal.*

*P.R.I.*

Botucatu, 12 de novembro de 2018.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

**AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE****0005471-63.2013.4.03.6000**

Autores: MIRIAN ALVES CORREA, ENIO ALVES CORREA – ESPÓLIO, ELVIRA MAIRA ALVES CORREA – ESPÓLIO, MÔNICA ALVES CORREA CARVALHO DA SILVA E NILTON CARVALHO DA SILVA FILHO

Réis: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, UNIÃO FEDERAL E COMUNIDADE INDÍGENA DE TAUNAY/IPEGUE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: RENATO TONIASSO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2018

Trata-se de Ação de Reintegração de Posse através da qual os autores pleiteiam provimento jurisdicional que os reintegre na posse do imóvel rural denominado “Fazenda Esperança”, localizado no Município de Aquidauana, MS, e registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis – CRI – da Comarca local, sob a matrícula originária nº 10.096.

Alegam ser legítimos proprietários e possuidores do imóvel, e que, apesar de exercerem posse mansa e pacífica sobre o bem há mais de um século, em 31/05/2013 o mesmo foi invadido por inúmeros indígenas liderados pelos caciques das Aldeias de Bananal, Lagoinha, Água Branca e Imbirussú.

Noticiam que, a exemplo de outras invasões da espécie, ocorridas, recentemente, em Mato Grosso do Sul, nesta os índios cobram a ampliação da reserva indígena daquela região (Terra Indígena Taunay-Ipegue), o que, aliás, é o objeto da Portaria nº 553 de junho de 1999.

Assim, diante do flagrante esbulho possessório ocorrido, aduzem não lhes restar alternativa senão a de buscar proteção jurisdicional (artigo 5º, XXII, CF), o que fazem através da presente ação.

Juntaram os documentos de fls. 18-202 e 208.

Intimadas para dizer sobre o pedido de medida liminar (fls. 180-182), as rés manifestaram-se às fls. 209-229 (Comunidade Indígena e FUNAI) e 230-234 (União) e o MPF às fls. 239-254.

O pedido de liminar foi deferido “*para o fim de determinar a reintegração dos autores, na posse do imóvel objeto desta ação, ficando desde já autorizada a utilização de força policial se, decorrido o prazo de 10 (dez) dias, os índios não tenham desocupado espontaneamente o imóvel – esse será o prazo de que dispõe a FUNAI para tentar alcançar tal desiderato*” (fls. 329-333).

Contra essa decisão, as rés interpuseram recurso de Agravo de Instrumento (fls. 346-349, 376-398-v e 404-442) e a FUNAI apresentou pedido de reconsideração (fls. 357-359).

Os autores noticiaram a ocorrência de animosidades e ameaças no local, por parte dos indígenas, e, por essa razão, pugnaram pelo envio de tropas federais, para o imóvel rural invadido, a fim de se resguardar a paz social e a integridade física de todos os que lá se encontram (fls. 352/354).

Pela decisão de fls. 361-362 foi mantido o deferimento do pedido de medida liminar e restou determinada a expedição de ofício requisitando força policial, nos termos da decisão reconsideranda.

O Ministério Público Federal - MPF - apresentou pedido de dilação de prazo para o cumprimento da decisão liminar (fls. 364-373).

Nos Agravos de Instrumento interpostos pelas rés foram indeferidos os pedidos de suspensão dos efeitos da decisão concessiva da medida liminar (fls. 443-452, 453-462 e 463-472); mas a FUNAI, irresignada, apresentou Pedido de Suspensão de Liminar ao Presidente do TRF-3, com base no art. 4º da Lei nº 8.437/92, e teve o seu pedido deferido (fls. 477-481).

Citadas, a União e a FUNAI apresentaram contestações (fls. 497-504 e 507-526-v, respectivamente). Alegam que a posse indígena sobre a área em questão é um direito congênito, primário e garantido pela Constituição Federal aos silvícolas (artigo 231), bem como pela Lei nº 6.001/73 (artigos 22 a 25); e que essa área é objeto de processo administrativo de reconhecimento da ocupação tradicional indígena (processo da FUNAI nº 0289/95), cujo relatório de identificação e delimitação já foi aprovado pela autarquia indigenista. Defendem, por fim, que, na análise de valoração do mal maior, a execução de uma medida reintegratória é inegavelmente mais ofensiva e traumática do que a espera pela decisão administrativa; e que a melhor posse na área em disputa é a indígena. Postulam pela improcedência dos pedidos da ação.

Réplica às fls. 636-637.

Na fase de especificação de provas nada foi requerido (fls. 637, 639, 640, 727 e 956).

Contra a decisão do Presidente do TRF-3, que deferiu o pedido de suspensão da medida liminar, os autores interpuseram Agravo Regimental, ao qual, por maioria, foi dado provimento (fls. 644-664).

Aos Agravos de Instrumento interpostos pela rés, a Primeira Turma do E. TRF-3, por unanimidade, negou provimento, conforme comprovam documentos juntados às fls. 667-669 e 672-718.

Ato seguinte, os autores requereram o imediato cumprimento da medida liminar de reintegração de posse (fls. 665, 670-671). Todavia, o Juízo determinou a prévia manifestação dos réus e do MPF (fl. 719). Contra essa decisão os autores interpuseram novo Agravo de Instrumento (fls. 728-753) e Reclamação perante o TRF-3. Em decisão preliminar, na Reclamação, foi determinada a suspensão da decisão recorrida (fls. 760-814).

Diante da decisão proferida na Reclamação, foi determinada a reintegração dos autores na posse do imóvel invadido (fls. 816-817-v). Em face dessa decisão, a União interpôs Embargos de Declaração; que foram rejeitados (fls. 886-887-v e 889-889-v).

O MPF pediu reconsideração da decisão “*que deferiu a liminar de reintegração de posse para revogá-la, mantendo-se a posse do imóvel em favor da Comunidade Indígena de Taunay-Ipegue*” (fls. 824-830). Após manifestação dos autores (fls. 891-892), o pedido foi indeferido (fls. 893-894).

Restou juntado aos presentes autos cópia da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal - STF, na Medida Cautelar de Suspensão de Liminar nº 1076, requerida pela FUNAI, onde foi deferido “*o pleito de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo juízo da Primeira Vara Federal (...) até a prolação de sentença de mérito a ser proferida no processo de origem*” (fls. 899-913 e 915-922).

Ao Agravo de Instrumento interposto pelos autores em face da decisão de fl. 719 foi negado provimento (fls. 930-930-v e 957-960).

É o que se fazia necessário *relatar*.

Passo a *decidir*.

Considero que, de um modo geral, o direito mostra-se adensado na razão inversa da extensão dos fundamentos usados para a sua defesa: quanto mais for necessário argumentar, para se tentar demonstrá-lo, menos provável será a sua existência. No entender de muitos,

seria ele prático e, sobretudo lógico; fruto do *bom senso* e, por isso, facilmente perceptível ao homem chamado “comum”, não versado nas ciências jurídicas. Mas este último atributo, na fina ironia de Descartes, não é de fácil identificação: “*O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm.*”<sup>1</sup>

À luz do CPC em vigor quando do ajuizamento da presente ação (atual CPC, artigo 561), a reintegração de posse era cabível no caso de esbulho, desde que comprovadas as seguintes circunstâncias:

Art. 927. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbacão ou do esbulho;

IV - a continuacão da posse, embora turbada, na açã de manutençã; a perda da posse, na açã de reintegraçã.

No presente caso, com efeito, tenho que esses requisitos estão suficientemente demonstrados nos autos.

Conforme já dito quando do deferimento do pedido de medida liminar (fl. 330), com todo o respeito aos que pensam de modo diverso, entendo que a proteção da posse, em casos da espécie – quando de *qualquer* dos lados da lide estiverem índios e/ou não-índios – deve, sim, ser analisada a partir da legislação infraconstitucional, nos termos do disposto nos artigos 1.210 do Código Civil e 560 e seguintes do Código de Processo Civil.

A posse *sui generis* defendida pelo MPF (*Para os índigenas, a posse da terra possui um significado cultural muito mais relevante que a dos não-índios, especialmente quando na área nasceram, cresceram e morreram seus ascendentes. A terra é um liame que conecta a sociedade indígena em torno de um fim comum* – fl. 245), além de se identificar mais como domínio, deve ser tratada no plano normativo, para a fixação do direito de uso dos índigenas, ainda que com particularidades em relação ao direito dominial dos não índios (e isso foi feito, *v. g.*, na Constituição Federal, em seu Capítulo VIII).

No plano efetivo, a proteção do direito de posse tem que ser igualitária. Afinal, posse é fato, e, em sendo assim, tanto vale para índio, como para não índio. Não podem existir posses sobrepostas, meia posse ou posse fragilizada, assim como não podem ser relativizadas, por exemplo, a presença física de alguém (a pessoa está ou não está em um determinado lugar), a honestidade, etc. Caso não índios invadam terras índigenas e a Justiça seja acionada, o tratamento deverá ser o mesmo dispensado em se tratando de invasão de terras particulares por índios. A tomada à força representa autotutela, o que não é tolerado pelo Direito. Permitir a autotutela, em casos tais, seria liberar o caminho da barbárie, a semear ódios e vinganças, caminho esse do qual a Humanidade luta desde os seus primórdios para se afastar. A falta de segurança jurídica, a ser gerada pela exegese defendida pelo MPF, pode influir negativamente na atividade econômica do País, e, inclusive, se voltar contra os próprios índigenas, produzindo retrocessos sociais, e, por consequência, maculando o interesse público. A virtude, em termos exegético-normativos, na espécie, está no meio: em se resguardar de igual forma a posse, quer seja de índios ou de não índios (*Virtus in medium est*)<sup>2</sup>.

1 DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fortes, 2001, p. 5.

2 Santo Tomás de Aquino, Século XIII.

No presente caso, em se confirmando que a área em questão é de ocupação tradicional indígena, nos termos do disposto no artigo 231 da CF, soa-me lógico concluir-se que em algum momento do passado os indígenas perderam a posse sobre ela, uma vez que posse é fato e que, até a invasão de que se trata nestes autos, inquestionavelmente os autores detinham a posse do imóvel.

Assim, o direito originário dos indígenas, sobre as terras que lhes são afetadas, conforme já dito, pode até ter um tratamento diferenciado, em relação ao direito de propriedade dos não índios, como querem as rés e o MPF, mas esse direito, que é material, ao ser deduzido, mesmo com essa particularidade, há que respeitar o direito de posse de quem quer que esteja ocupando o imóvel – a ser apurado nos termos da lei, sob pena de se instalar no País dois sistemas de proteção possessória: um, geral, para os não-índios, nos termos do CPC, mas que *cede* em se tratando de esbulho praticado por índios; e outro, para os índios, que se vale do direito geral de proteção, em se tratando de esbulho possessório cometido contra áreas indígenas já demarcadas, mas que *não respeita* a posse alheia quando os esbulhadores são indígenas. Tudo a instalar um verdadeiro caos institucional, com reflexos negativos para toda a sociedade e, inclusive, sobre os próprios índios, que acabam granjeando ódios e ressentimentos – o que, aliás, já está ocorrendo neste Estado -, sendo que o ordenamento jurídico posto disponibiliza tratamento uniforme e adequado para essas situações.

Com efeito, o artigo 560 do Código de Processo Civil – CPC -assegura ao possuidor o direito de ser reintegrado na posse em caso de esbulho, cabendo ao interessado provar, no termos do artigo 561, do mesmo *codex*, os seguintes requisitos: 1) a sua posse; 2) o esbulho praticado pelo réu; 3) a data desse esbulho; e, 4) a perda da posse, de sua parte.

No presente caso, através dos documentos de fls. 29-168, os autores lograram comprovar a posse do imóvel descrito na inicial, o esbulho praticado por indígenas, e, bem assim, a data em que tal fato ocorreu (31/05/2013). Esses documentos também demonstram a perda da posse pelos autores, bem como a tensão existente no local. As rés e mesmo o MPF não negam esses fatos. Pelo contrário, até os admitem.

Pois bem. Ao argumentar que os indígenas estariam ocupando terras que a Constituição lhes assegura, as rés e o MPF estão admitindo o exercício da autotutela. Então é de se perguntar se os chamados “fazendeiros” entenderem que terras no interior de alguma aldeia lhes pertencem, por não se tratar de terra indígena, poderão eles, por força própria, retomar essas áreas?

O parecer do MPF fala também que a área que estaria sendo *retomada* pelos indígenas é “*imprescindível para a preservação dos recursos ambientais fundamentais para o bem-estar da população indígena*”, não havendo como não incidir no caso os mandamentos constitucionais previstos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 (fl. 241).

Esse dispositivo materializa norma de cunho programático, mais voltada para a Administração Pública, e que não pode sobrepujar cânones jurídicos também expressos na Carta Política e consolidados na prática da vida diária, como o direito de propriedade e a proteção à posse. Se há necessidade de se ampliar as reservas indígenas, o Poder Executivo Federal deve agir: poderá, é claro, demarcar áreas indígenas ocupadas irregularmente por não índios, mas terá que fazê-lo dentro dos parâmetros da lei, respeitando, até o final do procedimento/processo, eventuais direitos de propriedade e de posse já estabelecidos. Poderá, também, desapropriar as áreas necessárias para tanto, caso não as encontre pela sistemática anterior, ou, mesmo as encontrando, estas sejam insuficientes.

Aliás, nesse sentido, é de bom alvitre que os indígenas tenham em mente que a celeridade na resolução dos seus problemas fundiários depende muito mais do Poder Executivo Federal

do que do Poder Judiciário. Se o Governo Federal resolver instaurar os procedimentos/processos demarcatórios que preencherem os requisitos legais e se mantiver dentro da lei, esses instrumentos jurídicos tenderão a andar de forma mais célere do que atualmente se verifica.

O fato de o procedimento/processo administrativo de demarcação e ampliação da Terra Indígena Taunay-Ipegue estar em fase adiantada (publicação da Portaria Ministerial Declaratória nº 497 em 02/05/2016) não permite que os índios tomem à força a posse da área demarcanda, o que, conforme já dito, deverá se dar apenas mediante decreto homologatório do Presidente da República, nos termos do artigo 5º, do Decreto nº 1.775/96<sup>3</sup>.

Enquanto não concluído o processo de demarcação de terras não há como se atestar que a terra ocupada pertence à Etnia Taunay-Ipegue, devendo ser prestigiado o princípio da segurança jurídica.

No presente caso, considerando que a questão foi levada a Juízo, os indígenas deveriam aguardar uma decisão definitiva a respeito.

O Poder Judiciário não pode demarcar terras indígenas e nem adquirir terras particulares para ampliar aldeias – isso é tarefa da Administração. O que lhe cabe é dizer o Direito, nos casos em que é chamado a intervir. Mas isso, conforme já exposto, deve se dar de modo uniforme e nos termos da legislação de regência, qualquer que seja a parte envolvida.

Nesse sentido, trago os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA DE POSSÍVEL OCUPAÇÃO INDÍGENA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. Cuida-se, na origem, de ação de reintegração de posse de imóvel rural do qual os autores são proprietários, que está em processo demarcatório e que foi invadido por um grupo de indígenas da etnia kaingang.

(...) 3. No caso dos autos, está comprovada a invasão de propriedade particular pelos índios, em área é ocupada por não indígenas há mais de 30 (trinta) anos, conforme cadeia dominial juntada com a inicial. É certo que o próprio representante do grupo de famílias indígenas declarou que ocuparam a área, limitando-se a defender a legitimidade do ato sob o argumento de que a área não vinha sendo utilizada para plantio. Não há elementos que permitam afirmar tratar-se, de fato, de terra indígena, inexistindo algum dado concreto e definitivo capaz de demonstrar que a área, objeto desta ação, pode ser considerada terra tradicionalmente ocupada por indígenas.

4. Conforme exposto pelo parecer do Ministério Público Federal, “observa-se que o imóvel identificado na inicial objeto da demanda, está devidamente registrado no cartório competente, e, nela consta como proprietários os autores Irineu Suzano, com origem determinada, aquisição de boa-fé, há de se respeitar a transcrição imobiliária sem vício em favor dos autores Irineu Suzano, esposa e filhos e sobre tudo o direito de propriedade consagrado na Constituição Federal”.

5. *Em caso semelhante ao dos autos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, ainda que venha a ser provado que a área tenha sido habitada por indígenas, circunstância em que o direito à posse seria deles, invasões não podem ser convalidadas pelo Judiciário, sendo necessário o cumprimento do devido processo legal. Precedente: AgRg na SLS 1.318/BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 6/6/2011.*

6. Agravo Interno não provido.

(AIRESP 201502451546, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:

3 Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

25/04/2017) – grifei.

CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FUNAI. ETNIA PITAGUARY. PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS EM CURSO. POSSE JUSTA E DE BOA-FÉ. ESBULHO. IMPOSSIBILIDADE DA AUTOTUTELA. MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO. ART. 5º, XXXV DA CF/88.

(...)

III. Cuida-se de pedido de reintegração de posse veiculado contra terreno que está em processo de demarcação de terras pela FUNAI.

IV. Narra a parte autora/apelada que no dia 12 de dezembro de 2003 foi invadido seu imóvel situado no Sítio Santo Antônio do Pitaguary, em Maracanaú/CE, medindo aproximadamente 25 (vinte e cinco) hectares, por índios da Etnia Pitaguary, representados pelo Cacique Daniel.

V. Compulsando os autos, verifica-se que o resumo e relatório de identificação e delimitação da terra indígena Pitaguary, no qual se concluiu que (fl. 82): “A demarcação da terra indígena Pitaguary representa, assim, o cumprimento precípua de uma obrigação constitucional, constituindo condição básica para a sobrevivência física e cultural da sociedade indígena que tradicionalmente a ocupa”, foi aprovado pela FUNAI e publicado no Diário Oficial da União em 5 de julho de 2000 (fl. 84).

VI. Apesar de constar nos autos a informação da existência de Portaria do então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos declarando a posse permanente dos indígenas sobre a terra Pitaguary, datada de 2003 e publicada no DOU em 18 de dezembro de 2006 (fls. 2.698/2.699), percebe-se que o processo de demarcação das terras ainda está em curso, conforme afirma, inclusive, a própria FUNAI, à fl. 2.809.

VII. *Essa egrégia Corte já decidiu que: “Até que se ultimem os atos de regularização fundiária, com a efetiva demarcação da terra, indenização do possuidor pelas benfeitorias e promulgação do decreto homologatório, exsurge legítimo o exercício do direito de retenção e a posse do agravante sobre o imóvel litigioso”* (Quarta Turma, AG/SE 08018488520154050000, Rel. Des. Federal Convocado Cesar Carvalho, unânime, Julgamento: 20/08/2015), e também que: *“Comprovado nos autos que houve a invasão e a indevida retenção de partes do imóvel objeto da presente reintegração de posse pelos Réus, configurando-se, assim, ameaça à posse do Autor, possuidor de boa-fé, é de ser confirmada a sentença, que determinou a sua reintegração na posse do referido imóvel”* (Terceira Turma, AC 566120/RN, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, unânime, DJE: 06/05/2014 – Pg. 81).

(...).

X. *Assim, havendo o esbulho e perda da posse pelo justo possuidor deve ser determinada sua reintegração na posse do imóvel anteriormente ocupado, sob pena de prestigiar-se o descumprimento do monopólio da jurisdição, pondo-o abaixo das medidas administrativas e ferindo também o direito de ação previsto no art. 5º, XXXV da CF/88, que prevê o controle jurisdicional para os direitos ameaçados ou lesados.*

XI. Apelações do Cacique Daniel, da FUNAI e da União improvidas.

(AC 200481000231357, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::20/11/2015 - Página::72.) – grifei.

Diante do que restou exposto, *julgo procedente* o pedido material da presente ação, para os fins de *determinar a reintegração* dos autores na posse do imóvel rural descrito na inicial, denominado Fazenda Esperança, localizado no Município de Aquidauana/MS, de propriedade dos mesmos, e, bem assim, que os indígenas que ocupam o imóvel, *de lá se retirem* no prazo de 10 (dez) dias, fixado na decisão liminar, a contar da data da intimação desta sentença, sob pena de utilização dos meios cogentes, necessários a tal desiderato. Declaro resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Custas, nos termos da lei. Pelos princípios da sucumbência e da causalidade, *condeno* as rés, *pro rata*, ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC.

Ao SEDI, para incluir a Comunidade Indígena de Taunay/Ipegue no polo passivo, nos termos da decisão de fls. 329-333.

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

Campo Grande, MS, 13 de julho de 2018.

Juiz Federal *RENATO TONIASSO*

**MANDADO DE SEGURANÇA****5012609-45.2017.4.03.6100**

Impetrante: LDCG

Impetrados: DELEGADA DA DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PESSOAS FÍSICAS EM SÃO PAULO, UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual o autor postula a concessão de provimento jurisdicional para que a autoridade impetrada se abstenha de dispensar tratamento jurídico aos ganhos obtidos em 2013, 2014 e 2016 com como *stock options* se remuneração do trabalho fosse, afastando, assim, a incidência de IRPF com alíquota de 27,5% *in casu*. Subsidiariamente, postula o abatimento do valor já pago a título de IRPF sobre ganho de capital (entre 15% e 22,5%) ou, pelo menos, o reconhecimento de tal crédito para fins de compensação administrativa ou via precatório, a critério do juízo.

Isso porque, segundo o impetrante, as *stock options* não se constituem em contraprestação pelo trabalho, não se sujeitando ao regime jurídico-tributário própria da remuneração pelo emprego de mão-de-obra, mas sim daquele relativo aos contratos de natureza cível mediante a incidência de IRPF sobre o ganho de capital. Na visão do autor, haveria incidência do IRPF, mas a título de ganho de capital (alíquota de 15%) ao invés ser dispensado tratamento como se remuneração fosse (incidência de IRPF com alíquota de 27,5%).

Foi deferida a liminar.

Aditou-se a exordial para incluir no pleito o pedido de abstenção de exigência de tributação das *stock options* como se remuneração fosse em relação ao ano de 2012 e daqueles futuros.

Foi ratificada a liminar e determinada a notificação.

A autoridade impetrada prestou informações, aduzindo que a renda dá-se direta ou indiretamente, sendo este último o caso das *stock options*, por meio das quais adquire-se por menos aquilo que na realidade vale mais. Teceu considerações sobre a relação entre risco da operação e caráter remuneratório ou mercantil da avença e acerca da possibilidade das *stock* estarem sendo usadas como meio (indevido) para diminuição da carga *options* tributária sobre a renda.

A União pediu seu ingresso no feito e deduziu embargos de declaração que foram rejeitados.

Contra a decisão foi manejado agravo de instrumento. Em juízo de retratação, reconsiderarei parcialmente a decisão para ressaltar eventual lançamento tributário apenas para evitar decadência.

O MPF opinou pelo prosseguimento do feito, sem sua intervenção.

A União peticionou para arguir questão de ordem pública consistente no fato do domicílio do autor estar situado na cidade de Santos/SP, de modo que a autoridade coatora e a competência seriam diversas daquelas reconhecidas até o presente momento processual. Aduz que, assim, resta evidente a ilegitimidade passiva. Aduz, ainda, que a espécie de alegações do impetrante revelam a inadequação da via eleita.

Oportunizado o contraditório, o autor reafirmou seu domicílio nesta capital e juntou

documentos aos quais deu-se vista à União que, por sua vez, aduziu que o impetrante reconhece que é a Delegacia da Receita Federal de Santos que está realizando a fiscalização, de forma que a autoridade impetrada não é aquela indicada na exordial, o que impõe a extinção do presente feito por ilegitimidade passiva.

Instado a manifestar-se sobre a questão, o impetrante aduz que a fiscalização por parte da Receita Federal em Santos iniciou quando já ajuizado o presente *mandamus* e que a atuação daquela Delegacia dá-se apenas em razões do próprio interesse do Fisco, não se podendo comprometer o acesso à justiça por isso.

É a suma do processado.

*1 - Da competência, da autoridade coatora e do domicílio do autor:*

O mandado de segurança foi impetrado em 18 de agosto de 2017, tendo o impetrante informado seu domicílio, nesta cidade de São Paulo. Em declaração de IRPF enviada em 17 de abril do mesmo ano (2017) foi informado o mesmo endereço à Receita Federal. Igualmente, Termo de Início de Procedimento Fiscal aponta referido endereço. Por outro lado, nenhuma prova aponta em sentido diverso, tendo se revelada infundada a imputação feita pela União.

A autoridade coatora ser ou não o órgão fiscal santista revela-se sem importância no caso por diversas razões.

Primeiramente, pelo início da fiscalização (23.08.2018) ser posterior ao ajuizamento da ação constitucional, o que, segundo previsão normativa já tradicional no Direito brasileiro, não muda a competência (art.43 do CPC). Note-se que a alteração não reflete uma lídima alteração de competência funcional na medida em que se deslocou no interesse e comodidade da Administração Pública, alterando-se apenas o aspecto territorial do exercício da função pública fiscal no caso.

Além disso, mais importante ainda se mostra o fato de que a alteração de competência fiscalizatória no interesse do Estado não pode, de modo algum, restringir o acesso à justiça que o natural ajuizamento no domicílio do autor proporcional. Não se pode admitir que se mude a competência jurisdicional ao sabor da conveniência do ente público, sob pena não apenas de embarçar-se a desenvoltura necessária e própria do direito de estar em juízo, mas também de manipular-se, ao bel-prazer, o juízo natural da causa.

Nem se diga, ainda, que a competência para fins de processamento e julgamento de mandado de segurança é absoluta tendo em vista a autoridade coatora. Ainda que seja a regra, o caso apresenta contornos muito distintos daquele que ensejou o entendimento tradicional que, aliás, vem sofrendo sérias e profundas restrições nos tribunais que paulatinamente prestigiam cada vez mais o efetivo acesso à justiça.

Na medida em que a própria parte demandada pode alterar o órgão coator, e o fez no caso em tela, constituindo-se assim a competência administrativa de forma diversa daquela usual e esperada, com maior força deve ser prestigiada a possibilidade de ajuizamento no domicílio do impetrante, hipótese que, felizmente, vem a cada dia sendo mais prestigiada em sede jurisprudencial, especialmente quando tem-se ente federal no pólo passivo. Exemplificativamente, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. CAUSAS AJUIZADAS CONTRA A UNIÃO. ART. 109, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO FORO COMPETENTE. APLICABILIDADE ÀS AUTARQUIAS FEDERAIS, INCLUSIVE AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - A faculdade atribuída ao autor quanto à escolha do foro competente entre os indicados no

art. 109, § 2º, da Constituição Federal para julgar as ações propostas contra a União tem por escopo facilitar o acesso ao Poder Judiciário àqueles que se encontram afastados das sedes das autarquias.

II – Em situação semelhante à da União, as autarquias federais possuem representação em todo o território nacional.

III - As autarquias federais gozam, de maneira geral, dos mesmos privilégios e vantagens processuais concedidos ao ente político a que pertencem.

IV - A pretendida fixação do foro competente com base no art. 100, IV, a, do CPC nas ações propostas contra as autarquias federais resultaria na concessão de vantagem processual não estabelecida para a União, ente maior, que possui foro privilegiado limitado pelo referido dispositivo constitucional.

V - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal às autarquias federais. Precedentes.

VI - Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF, RE nº 627.709, julgado em 20.08.2014)

Portanto, incorre a incompetência deste foro e deste juízo para a cognição sobre a demanda.

Além disso, a tese veiculada na exordial é conhecida e sobre a mesma manifestou-se clara e fundamentadamente a autoridade impetrada, não advindo, de forma alguma, prejuízo defensivo.

Note-se ainda que a União interveio no feito em mais de uma oportunidade, apresentando exaustivamente suas razões defensivas.

Desse modo, não há como reconhecer a ilegitimidade passiva advogada pelo ente federal. Assim, rejeito a alegação de incompetência e de ilegitimidade passiva.

#### *2 – Da alegação de inadequação da via eleita:*

A cognição na presente ação mandamental está reduzida ao caráter remuneratório ou não do exercício de opção nas *stock options* e do regime tributário adequado.

Não havendo a comprovação de que se trataria de operação econômica do que aquela referente às *stock options*, presume-se correta a apresentação do negócio tal como feita pelo contribuinte que, aliás, juntou prova documental nesse sentido e sem que houvesse qualquer contraprova em sentido oposto.

Desse modo, a União tinha como apresentar elementos no sentido de que haveria, não o exercício de opções, mas de pagamento de salário, sem que tenha ocorrido tal desencargo probatório. Note-se que as operações ocorreram e vêm sendo noticiadas pelo próprio contribuinte há anos, não se podendo crer que o Fisco desconhecia tal prática. Aliás, a titularidade de ações passa pelo crivo da CVM, bastando cruzar as informações.

Portanto, não há necessidade de perícia ou produção de prova oral a inviabilizar o uso do *mandamus*.

Além disso, a jurisprudência não vem rechaçando a via eleita para a discussão em tela. Basta ver que o Agravo de Instrumento n. 5003801-81.2018.4.03 foi decidido pelo TRF3 tendo em vista mandado de segurança e mantendo a liminar deferida em primeira instância, o TRF2 julgou apelação, interposta no bojo de mandado de segurança, dando razão à tese do contribuinte (n. 0140420-90.2017.4.02.5101), bem como foi igualmente admitida a cognição em sede mandamental no processo n.0007172-79.2015.4.03.6100 quando reconhecido o caráter mercantil das *stock options* pelo TRF3.

Assim, entendo adequada a via eleita.

### 3 – *Meritum causae*:

Apesar da jurisprudência dominante vir acenando positivamente à tese do contribuinte, remanesce a discussão pretoriana manifestada em decisões contrárias e votos-vencidos. Note-se, ainda, que a questão ainda não foi solvida pelas Cortes Superiores. Há entendimentos doutrinários favoráveis<sup>1</sup> e contrários<sup>2</sup> ao quanto sustentado pelo particular. Por isso, impõe-se uma apreciação minuciosa da interpretação advogada pelo impetrante.

Agora, em cognição exauriente, anoto que a correta compreensão da questão perpassa, salvo melhor juízo, a identificação:

- a) do que são as *stock options* (estrutura) e sua operacionalização (função);
- b) da importância de se tratar ou não de remuneração trabalhista comparando-se com as opções ofertadas no mercado ordinário;
- c) de quando as *stock options* assumem caráter remuneratório ou mercantil.

Parece que esse iter é necessário para que se trace o caminho até o tratamento jurídico-tributário adequado das *stock options*.

3.1 – Princípio pelo conceito de *stock options*. Mariana Neves de Vito e Luciana Simões de Souza<sup>3</sup> assim definem as *stock options*:

*Stock Options* ou “Opção de Compra de Ações” consiste em um direito outorgado aos beneficiários (tais como administradores, empregados ou pessoas naturais que prestem serviços à empresa ou à sociedade sob seu controle) de comprar ações mantidas em tesouraria ou subscrever novas ações por um preço e durante um prazo determinado.

A operacionalização da operação passa, grosso modo, por três momentos, a saber: 1) pactuação da opção; 2) prazo de maturação da opção; 3) momento do exercício da opção. O esquema admite algumas variações, mas corresponde, em síntese ao modo de realização do programa contratual.

Ainda interessa, para fins tributários, um quarto passo consistente na venda das ações recebidas, mas que não integra, necessariamente, o funcionamento das *stock options*, seja porque existe no mercado de ações independentemente da existência da opção de compra, seja porque existem as *Phantom Stock Options* onde recebe-se quantia correspondente ao valor mobiliário, sem que haja a transferência de ações<sup>4</sup>.

As opções podem ser restritas a determinado público (p. ex. empregados, diretores, etc.) ou serem ofertadas ao público em geral. Podem ter como requisito o pagamento de um valor para a concessão da opção ou ser oportunizada sem tal condição. Podem ser exercidas com o pagamento em prestações antecipadamente, no ato da aquisição ou, ainda, sequer haver pagamento pelas ações. As *stock options* podem ter relação com alguma conduta esperada do beneficiário ou não. Podem ser convertidas imediatamente em dinheiro ou não, hipótese na

1 SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 133 ss. Com ressalvas: LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, *passim*.

2 DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto. A tributação das *stock options*. *JOTA*. Publicado em 13.11.2017. Acessado em 26.10.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/a-tributacao-de-stock-options-13112017>.

3 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 28.

4 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 32 e 33. SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 35.

qual há a tradição das ações.<sup>5</sup> De tal conjunto de combinações emerge o caráter mercantil ou não da avença.<sup>6</sup>

Difícil, desse modo, o enquadramento de cada situação em um tipo negocial específico, pois existe uma série de combinações possível na prática que mostra ser o cotejo com as espécies contratualmente típicas nos Estados Unidos, país com larga tradição no uso das *stock options*, conveniente apenas para melhor compreensão das práticas costumeiras no mercado. Portanto, as referências estrangeiras auxiliam, mas não determinam, o modo de importação do instrumento jurídico-econômico em tela.

3.2 – Por que tratar-se ou não de remuneração pelo trabalho é importante para a definição do regime tributário?

A aquisição por menos daquilo que vale mais já caracterizaria acréscimo patrimonial a ensejar a incidência de IRPF de forma ordinária – não como ganho de capital – na ótica da autoridade impetrada. Nas informações fica clara a posição do Fisco a respeito. A incidência de IRPF a título de ganho de capital somente sobreviria entre a aquisição da ação e sua venda. Assim, a questão de tratar-se ou não de remuneração sequer seria relevante, ainda que, no mesmo documento, haja alguma ressalva de que as opções podem estar sendo utilizadas como remuneração.

Todavia, a tese apresentada pela autoridade impetrada, não deve ser acolhida.

A prevalecer o entendimento de que todo ingresso patrimonial com valor superior ao mercado implica em fato gerador de IRPF, então a aquisição de um carro por preço menor do que o corrente implicaria em evento econômico a gerar o dever tributário em tela. De igual modo, uma indenização por dano moral igualmente deveria ensejar a cobrança de IRPF, afinal, o patrimônio material sofreu variação positiva quando comparado o estado de coisas antes e depois da compensação pecuniária pelo evento danoso.

Logo, não é toda e qualquer variação patrimonial positiva que enseja a incidência de IRPF. Por isso, a tributação no caso das depende da *stock options* caracterização como remuneração por trabalho prestado.

E de ganho de capital não se trata a operacionalização das opções de compra até que as ações sejam vendidas, pois a própria lei é expressa ao identificar a alienação – e não a aquisição – como ato negocial a ensejar a tributação como ganho de capital (art. 21 da Lei Federal 8.981/95). Assim, tratar-se ou não de remuneração acaba sendo crucial para a identificação do regime jurídico cabível.

3.3 – Como dito acima, não existe um perfil único de *stock options*, apresentando tal instrumento negocial características diversas que vão desde uma opção de compra de natureza claramente mercantil até um benefício de nítida natureza trabalhista.

As diferentes espécies de *stock options* deixam entrever um caráter mercantil ou remuneratório a depender de alguns fatores, podendo em muitos casos assumir uma feição mista, dada a combinação de elementos de contornos de investimento e de contraprestação. São elementos<sup>7</sup>, dentre outros eventualmente relevantes, a serem considerados para a identificação

5 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 27-33.

6 LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 37-50. SIMÕES, Thiago Taborda. *Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 32-36.

7 Aproximadamente no mesmo sentido: LIBERTUCI, Elisabeth; VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. *Stock options e demais planos de ações: questões tributárias polêmicas e a Lei 12.973/2014*. São Paulo: RT, 2015, p. 37-43.

da natureza da avença:

- a) oferta ampla ou restrita;
- b) pagamento de prêmio pela opção ou oferta gratuita;
- c) opção de compra pelo valor de mercado quando da constituição, por preço menor ou sem custo algum;
- d) correlação entre opção e performance do beneficiário.

No caso em tela, a oferta foi restrita não apenas aos empregados e prestadores de serviço, mas apenas àqueles prestadores de serviço reputados pelo Administrador do plano como elegíveis a tanto (cláusulas 3.1 e 3.2), ou seja, indubitavelmente as opções foram ofertadas apenas ao mais alto escalão da companhia. Somente aqueles que se comprometerem a pactuar avença de não-concorrência por até dois anos após a extinção do vínculo será oportunizada a opção. Isso é indiciário do caráter remuneratório das *stock options* no caso em tela.

A álea, por si só, não evidencia o caráter mercantil da avença. Existe não apenas remuneração variável de empregado, bastando pensar nas comissões dos vendedores. De igual modo, a participação nos lucros e resultados percebida pelos funcionários constitui-se em renda decorrente do labor, ainda que se discuta se integra ou não o conceito de remuneração trabalhista. O que descaracteriza a contraprestação é a possibilidade de assunção de risco do negócio, quando, então, tem-se a figura do empresário.

Ainda que não se mostre necessário que se invista dinheiro em uma sociedade para que se configure o estado de empresário, afinal, existe o sócio que contribui com serviços (art. 981 do Código Civil), cumpre ter em vista que tal possibilidade é vedada na sociedade limitada (art. 1.055, § 2º, do Código Civil) e, pela própria natureza da sociedade anônima parece valer a mesma proibição ante o perfil da mesma, até mesmo porque a doutrina vem rechaçando<sup>8</sup> o sócio de serviço vem sendo repudiado inclusive nas sociedades simples que adotem a forma de limitada. A prevalência do elemento capital sobre o trabalho na sociedade anônima revela a incompatibilidade entre a condição de acionista e a contribuição exclusivamente em serviços.

*In casu*, não houve pagamento de prêmio pela opção. Assim, o risco tornou-se, basicamente, uma álea entre a inexistência de ganho e o ganho infinito. Nem mesmo existe a possibilidade de prejuízo decorrente da desvalorização entre o pagamento e o recebimento das ações, vez que a cláusula 3 do instrumento contratual de outorga de opções revela que o preço será pago em até 10 (dez) dias úteis da transmissão ao beneficiário das ações, ou seja, a tradição precede, no caso, a entrega do dinheiro. Recebida a ação, o prazo para pagamento passa a fluir, somente havendo prejuízo real se entre o momento da entrega e o do pagamento houver diminuição do valor da ação a ponto da mesma valer menos do que o quanto pago por ela, situação, a propósito, pouco provável.<sup>9</sup>

O risco assumido foi, em suma, o da ausência de ganho – e não o de perda de dinheiro investido<sup>10</sup>. Quando se pensa que o risco cabe ao empresário – e não ao empregado/prestador de serviço – tem-se em vista a possibilidade de perda do patrimônio particular transferido à empresa e da necessidade de pagar-se o valor acordado pela mão-de-obra, ainda que o negócio tenha resultado financeiro negativo no período.

8 FILHO, Marcelo Fortes Barbosa. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil Comentado*. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1.044.

9 A cláusula 2.8 do contrato (*rectius*, instrumento) de opção prevê 30 dias para fins de notificação do interesse no exercício da opção. Todavia, o momento da manifestação volitiva não serve como parâmetro para aferição de prejuízo, mas sim o do efetivo pagamento.

10 Como explicado acima, a chance de perda é muito pequena na espécie, vez que depende de depreciação entre a transferência e o pagamento.

Desse modo, o risco efetivamente assumido pelo impetrante foi apenas o de nada receber por força das *stock options*. Não é crível que tenha trabalhado de graça, afinal, não apenas as opções de compra de ações constituíram-se na contraprestação pelos serviços prestados.

Assim, a ausência de risco distancia o pacto do mundo dos investimentos e aproxima a avença dos meios indiretos de remuneração.

Por outro lado, não houve avença no sentido da pactuação de preço menor do que aquele praticado no mercado no momento da concessão da opção. Presume-se, assim, que o exercício da opção foi feito sem desconto, mediante o pagamento de valor praticado na época da concessão. Sob esse prisma, avulta aspecto mercantil da avença.

Não houve atrelamento das opções ao desempenho do prestador de serviço, ficando a variação do benefício ligado à performance da empresa em si. Por outro lado, a possibilidade de supressão da opção por justa causa e a cláusula de não-concorrência seriam, de certo modo, relacionadas à conduta do beneficiário. Sob essa dimensão, o uso das *stock options* no caso dos autos apresenta caráter misto.

As diversas e graves restrições à faculdade de disposição das ações (nesse sentido a cláusulas 7.1 do instrumento particular de outorga de opção de compra de ações e 3.2 do anexo ao contrato de opção de compra de ações) são fortemente indiciárias de seu caráter remuneratório e indicam tratar-se, na verdade, de . As ações *phantom stock options* apresentam sérias dificuldades para sua fruição, podendo inclusive ser readquiridas pela própria companhia mediante manifestação volitiva apenas desta (cláusula de *drag along*).

A cláusula 1 (v) do instrumento de exercício de opção e outorga de quitação que prevê a revenda das ações à companhia no mesmo dia de sua entrega ao beneficiário prova quase diretamente o caráter de *phantom stock options*. Nota-se, desse modo, elemento a apontar a natureza remuneratória da avença.

Por fim, a frequência do exercício das opções (2012, 2013, 2014 e 2016) revela uma certa habitualidade que, combinada com o vulto das operações, aponta para o caráter remuneratório das *stock options* no caso em tela.

Por isso tudo, entendo que as opções de compra de ações revestiram-se de natureza remuneratória no presente caso, o que afasta a pretensão veiculada na exordial.

Quantos aos pedidos subsidiários, não houve a provocação administrativa para a compensação/restituição do quanto já pago e não parece haver resistência de que haja o decote do valor devido ao erário do quanto pago pelo contribuinte, ainda que sob rubrica diversa. Somente após a sinalização de resistência ao pleito de compensação/restituição, é que se impõe a provação do Poder Judiciário.

Assim, entendo que inexistente, no presente momento, interesse de agir quanto aos pleitos deduzidos em caráter supletivo.

Na forma da fundamentação, DENEGO A SEGURANÇA e revogo a liminar.

Como houve a rejeição do seguro-garantia e não há autuação, nem se sabe o efetivamente valor devido, indefiro a concessão da ordem de abstenção de atos restritivos ao nome do contribuinte (CADIN, protesto, etc.).

Custas pelo impetrante. Sem honorários sucumbenciais (art. 25 da Lei Federal 12.016/2009).

São Paulo, 26 de outubro de 2018.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

**AÇÃO PENAL PÚBLICA****0000988-53.2018.403.6181**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

Réu: WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: LOUISE VILELA LEITE FILGUEIRAS BORER

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 29/03/2019

Trata-se de ação penal pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, qualificado nos autos, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, c.c. artigo 71, ambos do Código Penal.

A denúncia (fls. 110/112) descreve, em síntese, que:

No dia 04 de abril de 2015, na Agência da caixa Econômica Federal Jabaquara/Penhor, localizada na Rua Farjalla Koraicho, 611, nesta capital, Willian Rodrigues de Campos subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em aproximadamente 12 (doze) metros de cabeamento de cobre.

Na data e local dos fatos, o denunciado, em duas ocasiões, mediante escalada, adentrou na agência da Caixa Econômica Federal e furtou os fios de cobre do aparelho de ar condicionado. A atuação ilícita do denunciado foi registrada pelas câmaras do sistema de vigilância do prédio, imagens que se encontram gravadas na mídia de fl. 34 e foram objeto de perícia, cujo laudo encontra-se acostado aos autos nas fls. 30/33. Nas imagens é possível observar que o criminoso, por duas vezes, uma às 01h07 min e outra por volta das 03h35min, pulou o portão que dá acesso ao estacionamento da agência bancária, adentrando na garagem e furtando as barras de cobre e fios de instalação do ar condicionado, o que encontrava-se nos fundos do estabelecimento.

Willian foi preso em flagrante em 23/09/2015, quando tentava novamente furtar fios de cobre no local e, em seu interrogatório, confessou para a Autoridade Policial que por diversas vezes pulou o portão que dá acesso ao estacionamento do banco para furtar fios de cobre. Na ocasião, também foram mostradas a Willian as fotos do furto objeto do presente feito e o interrogado confirmou ser a pessoa que aparece nas imagens. Explicou, ainda, que costumava furtar os fios de cobre para vendê-los a um ferro velho, lucrando R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) por quilo (fls. 24/24vº).

Ainda, segundo a denúncia:

No curso do inquérito, foi elaborado laudo pericial a partir da análise no local dos fatos (fls. 49/54). Mencionado laudo indicou marcas de escalada sobre o portão de acesso a garagem da agência da Caixa Econômica Federal, constatou alguns pedaços de revestimento de tubos de cobre na rampa de acesso, bem como no chão do estacionamento (fl. 51), e apontou marcas deixadas pelo revestimento dos tubos de cobre furtados na parede, indicando o rompimento das estruturas que afixavam os fios à parede (fl. 52). Assim, verifica-se que o laudo concluiu que foram subtraídos os fios de cobre do sistema de ar condicionado da agência (fl. 53).

A denúncia veio instruída com os autos de inquérito policial nº 0394/2015-15 (fls. 02/86) e foi recebida em 06 de março de 2018 (fls. 96/97).

A Defensoria Pública da União, na defesa do acusado WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, apresentou resposta à acusação às fls. 109/110. Arrolou as mesmas testemunhas

da acusação.

O Ministério Público Federal desistiu da oitiva da testemunha comum *Paulo Aparecido Rissato* (fls. 120).

Durante a audiência de instrução e julgamento, o réu foi devidamente interrogado (fls. 140/143 e mídia de fl. 167).

A Defensoria Pública da União juntou aos autos cópia de Perícia Médico-Legal realizada no réu nos autos de incidente de insanidade mental nº 00081478120174036181, que tramitou na 9ª Vara Federal Criminal e nos autos nº 00149553920164036181, que tramitou na 7ª Vara Federal Criminal, ambas da subseção judiciária de São Paulo (fls. 144/166).

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, a Defensoria Pública da União requereu que fosse expedido ofício ao Juiz Corregedor dos Presídios, para determinar a transferência do réu, uma vez que estaria sendo assediado por outros presos para integrar facções criminosas atuantes no presídio em que ele atualmente cumpre pena (fl. 141).

O Ministério Público Federal apresentou seus memoriais às fls. 171/173vº, pugnando pela condenação do acusado como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, II do Código Penal e o reconhecimento da sua semi-imputabilidade, conforme artigo 26, parágrafo único do Código Penal, o que possibilitaria a diminuição de sua pena e, nos termos do artigo 98 do Código Penal, sua substituição por medida de segurança.

A Defensoria Pública da União, em defesa do acusado WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS, apresentou memoriais às fls. 175/178 e requereu sua absolvição nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, tendo em vista a inimputabilidade do réu ao tempo do fato.

Certidões e demais informações criminais quanto ao acusado foram juntadas em apenso. É o relatório.

*Fundamento e decido.*

De início, ressalto estarem presentes os pressupostos processuais e condições da ação, não havendo vícios processuais, formais ou materiais, que obstem o julgamento, passo à análise da presença da materialidade do fato e da autoria do delito.

*I – Da materialidade:*

A materialidade do furto de aproximadamente 12 (doze) metros de cabos de cobre, no dia 04 de abril de 2015, na parte externa da agência de penhor da Caixa Econômica Federal do bairro do Jabaquara, São Paulo, localizada na Rua Farjalla Koraicho, nº 611, está devidamente comprovada pelo teor do laudo de imagens de segurança nº 5227/2015-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (fls. 30/33 e mídia de fl. 34), laudo do local do delito nº 3259/2016-NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP (fls. 49/54) e comunicado eletrônico da Caixa Econômica Federal relatando prejuízo de R\$ 2.120,11 (dois mil, cento e vinte reais e onze centavos) com a subtração dos cabos de cobre do ar condicionado na parte externa da agência (fl. 80).

Ainda em relação aos fatos, o laudo de fls. 49/54 NÃO atestou a escalada em condições que denotassem especial habilidade do acusado a ensejar aplicação da qualificadora respectiva.

*II – Da autoria:*

Não há dúvida também de que foi WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS o responsável pelo furto dos cabos de cobre da agência de penhor da Caixa Econômica Federal Jabaquara no dia 04 de abril de 2015, à 01 hora e 07 minutos e às 03 horas e 35 minutos.

O réu WILLIAN pulou o portão que dá acesso ao estacionamento da agência da Caixa Econômica Federal e subtraiu barras e fios de cobre utilizados para a instalação dos aparelhos

de ar condicionado, evadindo-se em seguida.

O acusado WILLIAN confessou o delito em seu interrogatório judicial (mídia de fl. 167). Afirmou ser viciado em drogas desde os 18 (dezoito) anos, primeiro ao consumir maconha, depois cocaína, além de usar, desde os 22 (vinte e dois) anos, a droga denominada “crack”, e a partir de então vive entre as penitenciárias e a vida nas ruas, quando realiza furtos para manter seu vício.

WILLIAN afirmou que está arrependido e sem usar drogas há 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, desde que foi preso pela última vez, e pretende manter tratamento para não voltar a usar entorpecentes.

### *II – Da imputabilidade:*

Porém, apesar da comprovação da materialidade do fato e da autoria, no sentido da prática de atos voluntários por parte do réu para consumá-la, é necessário à punibilidade da conduta que haja, no momento da sua prática, além da consciência de sua ilicitude, a capacidade de autodeterminação do agente no momento da sua prática.

No caso dos autos, segundo dois laudos periciais, o réu era ao tempo da ação inteiramente incapaz de autodeterminar-se para evitar a conduta ilícita, incapaz, portanto, de reger-se de acordo com o entendimento sobre estar cometendo ato ilícito, em virtude de crônica dependência química à droga ilegal denominada “crack” (fls. 144/159 e 160/166).

Ressalto que os laudos, referentes aos autos nº 0008147-81.2017.4.03.6181, processo que tramitou na 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo; e nº 0014955-36.2016.4.03.6181, que tramitou na 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, aludem à condição psicofisiológica de WILLIAN no mesmo período do cometimento do delito objeto desta ação penal (entre os anos de 2015 e 2017, quando foi preso).

Corroborar a realidade trazida nesses laudos a afirmação de WILLIAN no interrogatório judicial, quando, sóbrio, com raciocínio e comunicação claros e ordenados, ressaltou, em suas palavras, que um indivíduo em gozo regular de suas faculdades cognitivas jamais furtaria exatamente o mesmo local cinco ou seis vezes em curto espaço de tempo, ainda mais em se tratando de agência bancária, onde sempre há seguranças. Declarou que assim o fez impulsionado pela dependência química, e que no momento só pensara em conseguir qualquer coisa para vender e adquirir drogas.

Consigno, na somatória de indícios da inimputabilidade do agente, que a mera observação do estado fisionômico de WILLIAN no momento de sua prisão (fl. 37) e durante o interrogatório judicial (mídia de fl. 167) denotam sua debilidade física à época dos fatos.

Na hipótese, poder-se-ia argumentar que ainda que o fato seja típico e ilícito, não haveria crime, eis que ausente a culpabilidade do agente, juízo de reprovabilidade da conduta, que fica também prejudicado com a constatação da inimputabilidade.

Porém, fato é que o tratamento dado pela lei penal à hipótese é de excludente da punibilidade. A lei penal apenas isenta o agente inimputável de pena, nos seguintes termos:

CP, art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, segundo o artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, nessa hipótese, cabe a absolvição do réu, nos termos abaixo transcritos:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

(...)

(...)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

III - aplicará medida de segurança, *se cabível*.

O pressuposto da medida de segurança é a periculosidade do agente. O termo encerra um conceito vago, que tanto pode dizer com a propensão à violência, demonstrada por condutas passadas, como a possibilidade, também baseada no histórico do condenado, de tornar a delinquir e causar novo dano social.

No presente caso, a reiteração de condutas delitivas, ainda que de menor potencialidade lesiva e não violentas, denota periculosidade no sentido da alta probabilidade de que torne a delinquir se não for determinado que se submeta ao tratamento adequado ao seu caso.

Portanto, o caso é de absolvição imprópria decorrente da inimputabilidade, isto é, com aplicação de medida de segurança.

Contudo, quanto à espécie de medida de segurança aplicável ao caso, é preciso tecer algumas considerações, de forma a promover o tratamento mais adequado e individualizado ao caso. Segundo o artigo 97 do Código Penal:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desinternação ou liberação condicional

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No caso dos autos, em que pese haver histórico de reincidência, ao que tudo indica, esta se deve, principalmente, ao uso de drogas. É necessário que o réu realize o tratamento para que não torne a delinquir, mas, a rigor, não se vislumbra desde já a necessidade de internação.

Como já assinalado acima, a periculosidade averiguada é apenas em razão da reincidência, não pela conduta social do agente e a ação praticada não denota personalidade antissocial ou agressiva, pois se trata aqui de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Reputo que no caso a medida de internação em hospital psiquiátrico seja inadequada, pois o isolamento do acusado não é necessário e poderia colocar em risco o objetivo principal do provimento jurisdicional, a sua recuperação e reinserção social, de modo a que não torne a delinquir.

Porém, é preciso ressaltar que isso se conclui da análise do conjunto das circunstâncias do fato, dos depoimentos e do histórico relatado e constatado documentalmente (laudos, antecedentes), portanto, sem prejuízo da alteração da medida fixada em execução, em virtude de eventual recomendação médica.

Reputo que tal flexibilidade é mais consentânea aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, ou melhor, para a individualização da resposta penal do Estado ao delito, visto não se tratar propriamente de pena. Além disso, tal possibilidade de alteração posterior dos meios de tratamento em virtude das necessidades do paciente e a fixação inicial de tratamento ambulatorial quando não se mostrar necessária a internação está de acordo com os ditames tanto do Código Penal, artigo 97, §§ 2º, 3º e 4º, quanto da lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Nesse sentido, confira-se a disposição do artigo 4º da referida lei:

Art. 4º “A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”

A corroborar o exposto, no sentido de se admitir a aplicação do tratamento ambulatorial, mesmo aos crimes apenados com reclusão, nos casos em que a medida for a mais adequada, trago os seguintes precedentes:

**HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INTERNAÇÃO. ANÁLISE DA PERICULOSIDADE DO INDIVÍDUO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.**

1. Via de regra, consoante a diretriz do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Caso o fato previsto como crime seja punível com detenção, poderá o indivíduo ser submetido a tratamento ambulatorial.

2. O critério não é inflexível. Mesmo acontecido um delito apenado com reclusão, o juiz poderá, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, sujeitar o inimputável a tratamento ambulatorial, desde que constate, indene de dúvidas, a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade.

3. A medida de segurança mais aflitiva foi imposta ao paciente, portador de esquizofrenia paranoide, depois de cuidadosa análise das peculiaridades de sua saúde mental e das condições clínicas por ele apresentadas, tudo agravado pelo uso de drogas, e não como mera decorrência automática da tentativa de homicídio de seu irmão. Não é possível, em *habeas corpus*, reavaliar fatos e provas para modificar o entendimento do Tribunal de Justiça.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 469.039/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 03/12/2018)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DIREITO PENAL. ART. 97 DO CP. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE.**

1. Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do *habeas*

*corpus* como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não aplicando o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial. 2. Na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 3. Ante a ausência de fundamentos para a fixação do regime de internação e tendo o laudo pericial recomendado o tratamento ambulatorial, evidente o constrangimento ilegal. 4. Writ não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para substituir a internação por tratamento ambulatorial, mediante condições judiciais a serem impostas pelo Juiz da Execução Penal, tendo em vista o trânsito em julgado da ação.

(HC - HABEAS CORPUS – 230842, Relator(a): SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Órgão julgador: SEXTA TURMA, Data: 14/06/2016, Data da publicação: 27/06/2016, Fonte da publicação: DJE DATA:27/06/2016)

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE.

1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimizabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimizável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. 2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimizável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado. 3. Consoante consignado pela Corte de origem, no caso dos autos, o ora recorrido nunca se envolvia em fato delituoso da mesma ou de natureza diversa, além de mostrar comportamento social adaptado e positivamente progressivo. 4. Conforme concluído pelo Tribunal *a quo*, “não se extrai desse quadro uma conclusão de periculosidade real e efetiva do apelante, capaz de justificar uma internação em hospital psiquiátrico ou casa de custódia e tratamento.” A medida mais rígida, ademais, apresentaria risco ao progresso psicossocial alcançado pelo ora recorrido, além de nítido prejuízo ao agente, que, por retardo no julgamento dos recursos interpostos, teria restabelecida a sentença - datada de novembro de 2002 -, com a imposição da medida de internação, a qual, tantos anos após os fatos, não cumpriria seus objetivos. 5. Recurso especial não provido.

(RESP - RECURSO ESPECIAL – 912668, Relator(a): ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Órgão julgador: SEXTA TURMA, Data: 18/03/2014, Data da publicação: 07/04/2014, Fonte da publicação: DJE DATA:07/04/2014)

No mesmo sentido, a decisão monocrática do E. do Superior Tribunal de Justiça, Néfi Cordeiro:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.286 - MG (2016/0331382-5), RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO, RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, RECORRIDO: DIVINO BRAGA DE OLIVEIRA FILHO, ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISTrata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - INIMPUTABILIDADE - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - CRIME PUNIDO COM RECLUSÃO - SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA IMPOSTA - AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DO AGENTE - VIABILIDADE.

01. O critério para se definir o tipo de medida de segurança a que deverá ser submetido o agente - internação ou tratamento ambulatorial - deve se dar em virtude do exame de sua periculosidade, interpretando-se a norma penal dentro das balizas constitucionais, observando-se, precipuamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da execução da medida de segurança. Assim, não obstante seja o crime praticado punido com reclusão, é admissível a substituição da medida de segurança de internação pela de tratamento ambulatorial, se a conduta típica e ilícita perpetrada pelo agente não se revestiu de elevada periculosidade.

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustenta que o acórdão recorrido, ao dar provimento ao apelo defensivo, substituindo a medida de internação, fixada no prazo mínimo de 3 anos, pela de tratamento ambulatorial, no prazo mínimo de 1 ano, teria negado vigência aos arts. 26, *caput*, 96, incisos I e II, e 97, *caput*, todos do CP. Alega que a Câmara Julgadora desconsiderou que o crime perpetrado pelo recorrido (homicídio qualificado pelo motivo fútil e pelo recurso que dificultou/impossibilitou a defesa da ofendida) é punível com reclusão, impondo-se a aplicação da medida de segurança de internação, nos termos do art. 91, *caput*, do Código Penal (fl. 453).

Argumenta que diversamente do que foi enunciado no decisum vergastado, a medida de segurança a ser imposta ao agente inimputável, na hipótese de delito apenado com reclusão, é a internação. Facultativamente, poderá o magistrado proceder à imposição de tratamento ambulatorial nos crimes punidos com detenção, desde que o grau de periculosidade do agente indique ser essa a medida mais adequada para a sua recuperação (fl. 453).

Pugna, assim, pelo provimento do recurso para que seja restabelecida a sentença de primeiro grau.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o ora recorrido foi absolvido da prática do delito do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP, sendo-lhe aplicada, no entanto, medida de segurança de internação. Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para substituir a medida de internação pela de tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 ano, nos termos do art. 97, § 1º, do CP. Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público, foram rejeitados.

O acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 400/409):

Como se depreende dos autos, reconhecida a inimputabilidade do acusado (f. 27/29 dos autos em apenso), o sentenciante absolveu sumariamente o réu Divino, com fundamento no disposto no art. 415, IV, do CPP, submetendo à medida de segurança de internação pelo prazo mínimo de três anos.

Contra esta decisão, recorreu a defesa pretendendo tão somente seja realizada investigação para se saber qual o tratamento deveria o recorrente ser submetido, se internação ou tratamento ambulatorial.

Compulsando os autos, penso ser desnecessária a diligência requerida pelo recorrente, devendo, em verdade, ser revista a medida imposta.

A saber.

Com efeito, o apelante foi denunciado pela prática do crime de homicídio qualificado, o qual é punido com reclusão. E, nestas, hipóteses, o Código Penal prevê, constatada a inimputabilidade do agente, a aplicação de medida de segurança de internação, nos termos do que dispõe o art. 97 do CP.

*Todavia, penso que o critério para se definir o tipo de medida de segurança que deverá ser submetido o agente - internação ou tratamento ambulatorial - deve se dar em virtude do exame da periculosidade daquele, interpretando-se a norma penal, dentro das balizas constitucionais, observando-se, precipuamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita) e da individualização da execução da medida de segurança.*

*Assim, se o critério para a aplicação da medida de segurança é a periculosidade do agente e a necessidade inarredável de que seja submetido a tratamento médico, seria um contra-senso aplicarmos o disposto no art. 97 do CP, tal como lá posto, ou seja, em razão da espécie de privativa de liberdade prevista para o tipo penal em que incorreu o agente - reclusão ou detenção.*

*Ademais, aplicar a regra do art. 97, caput, do CP, indistintamente a todas as hipóteses de prática de ilícito penal punido com reclusão, ofenderia a necessidade da adequada individualização do tratamento psiquiátrico a que necessita o agente que pratica conduta típica e ilícita.*

[...](grifei)

*In casu, o transtorno de personalidade apresentado pelo réu tem clara indicação de tratamento e justifica a imposição de medida de segurança, todavia, não me parece necessário a imposição de internação.*

*Seguindo esse norte é que a jurisprudência tem admitido a possibilidade de substituir a medida de internação - mesmo nas hipóteses em que o tipo penal prevê pena de reclusão - por tratamento ambulatorial.*

[...]

*No caso dos autos, o laudo pericial de verificação da sanidade mental do réu, embora tenha reconhecido que este, ao tempo dos fatos, era absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito dos fatos e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não apontou a necessidade de sua internação.*

*Ora, conforme de depreende da aludida prova técnica, os próprios peritos consignaram, ao tempo da avaliação psiquiátrica, que “o quadro patológico do periciado é passível de tratamento psiquiátrico, a princípio ambulatorial” ressaltando que “na ausência de adequado suporte sócio-familiar o de piora do quadro, há de se considerar o tratamento hospital”. (f. 29 dos autos em a penso)*

*Não se olvide que a equipe do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário (PAI-PJ), no primeiro atendimento ocorrido em 10/07/2015, informou:*

(...)

*Vê-se, portanto, que os peritos chegaram à conclusão de que inicialmente Divino deveria passar pelo tratamento ambulatorial, desde que tivesse suporte sócio-familiar. E, este suporte, emerge dos autos através do acompanhamento feito pelo PAI-PJ alhures transcrito.*

*Pelo exposto, não vejo como necessária ao fim a que se destina - ‘cura’ do indivíduo que pratica fato típico e ilícito - a internação do réu em manicômio judiciário, justificando-se, in casu, apenas a medida de segurança de tratamento ambulatorial, que ora aplico ao recorrente, pelo período mínimo de um ano.*

*Ademais, vale destacar que a qualquer tempo, poderá ser determinada a internação do réu, cabendo, portanto, à prudente avaliação ao juízo da execução, a alteração da medida em hipótese de acendramento da periculosidade do paciente, tornando necessária esta providência para fins curativos, nos termos do que dispõe o art. 97, § 4º, do CP.*

*O entendimento adotado corrobora a orientação da Sexta Turma no sentido de que, na definição da medida de segurança que não se vincula à gravidade do delito, mas à periculosidade do agente, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, ainda que a ele imputado delito punível com reclusão, em observância aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade.*

(grifei)

Confiram-se os seguintes precedentes:

“RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DELITO PUNÍVEL COM PENA DE RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. CABIMENTO. ART. 97. MITIGAÇÃO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA À PERICULOSIDADE DO AGENTE.

1. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão - reconhecida a inimizabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção.

2. Este órgão julgador já decidiu que, se detectados elementos bastantes a caracterizar a desnecessidade da internação, e em obediência aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a aplicação de medida menos gravosa ao inimputável se, ainda, for primário e assim o permitam as circunstâncias que permeiam o delito perpetrado. [...]

5. Recurso especial não provido”.

(REsp 912.668/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014)

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ARTS 26 E 97 DO CP. AGENTE INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARATRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. Na fixação da medida de segurança - por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente -, cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 26 e 97 do CP).

[...]

4. Recurso especial improvido”.

(REsp 1266225/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 03/09/2012).

No caso, as instâncias ordinárias concluíram pela possibilidade de mitigação do critério previsto no art. 97 do Código Penal na espécie, em face dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, diante da ausência de periculosidade concreta da agravado, razão pela qual determinou a substituição da medida de internação, aplicada pelo Juízo de 1º grau, pela de tratamento ambulatorial.

Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ, a obstar o processamento do recurso.

Ademais, a alteração do entendimento do aresto objurgado, acolhendo-se a tese de necessidade, na espécie, da medida de internação, demandaria necessário revolvimento das provas dos autos, o que não se admite na via do recurso especial, em razão do óbice consubstanciado na Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, do RISTJ e na Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 06 de março de 2017.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Por fim, consigno que deve ser afastada a aplicação do artigo 45 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma especial, prevista para regulação de condutas atinentes ao tráfico

e uso de drogas ilícitas, descritas na aludida lei.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na denúncia para *ABSOLVER IMPROPRIAMENTE* o réu *WILLIAN RODRIGUES DE CAMPOS*, qualificado nos autos, da imputação da prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, ambos do Código Penal, em virtude da sua inimputabilidade por dependência química crônica a droga ilícita à época dos fatos, causa excludente da punibilidade, com supedâneo no artigo 26, “caput”, do Código Penal e artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, razão pela qual lhe *IMPONHO MEDIDA DE SEGURANÇA*, consistente em *tratamento ambulatorial* em Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas, ou em entidade congênere definida pelo juízo da execução, pelo prazo máximo de 04 (quatro) anos, com fulcro no art. 96, inciso I, do Código Penal, e pelo tempo mínimo de 1 (um) ano, a partir do início da execução da medida de segurança ora imposta, nos termos do artigo 97 *caput* e §1º do Código Penal, prazo após o qual deverá ser aferida a cessação de periculosidade por meio de perícia médica-psiquiátrica, ou a modificação da medida para internação, caso necessário.

O prazo máximo imposto de acordo com o máximo da pena em abstrato se deve à proibição de penas indeterminadas, nos termos da Lei da Reforma Psiquiátrica, n. 10.216/01. Referido diploma é incompatível com o artigo 96, inciso I do Código Penal, tendo-o revogado por se tratar de lei especial. Precedente do Superior Tribunal de Justiça: HC 208.336/SP, 5ª Turma, Relatoria Ministra Laurita Vaz, 29 de março de 2012.

Réu isento de custas (artigo 4º da lei n. 1.060/50).

Determino a expedição de Guia de Execução para o juízo competente, após o trânsito em julgado.

Com o trânsito em julgado da sentença, oficiem-se os departamentos criminais competentes para fins de estatística. (IIRGD e NID/SETEC/SR/DPF/SP).

Após, remetam os autos ao arquivo, dando-se baixa na distribuição, observando-se as formalidades pertinentes.

P.R.I.C.

São Paulo, 28 de março de 2019.

Juíza Federal LOUISE VILELA LEITE FILGUEIRAS BORER

**MANDADO DE SEGURANÇA****5006611-02.2018.4.03.6120**

Impetrante: LUÍS AUGUSTO MINAS SOUZA

Impetrado: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/03/2019

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Luís Augusto Minas Souza contra ato do Gerente Geral de agência da Caixa Econômica Federal em Araraquara (inicialmente o feito foi endereçado ao Presidente da Caixa, porém o impetrante corrigiu o polo passivo) por meio do qual o impetrante pretende o levantamento de sua conta no FGTS, para custear o tratamento de doença grave que o aflige. Em resumo, a inicial articula que o autor padece de cardiopatia grave, moléstia que no meado de 2016 motivou a concessão de auxílio-doença. Em agosto de 2018 o INSS cessou o benefício (ato que está sendo discutido judicialmente), porém seu empregador não aceitou o retorno do impetrante, por motivo de saúde. Munido de documentos que comprovam a doença, o autor requereu à Caixa o levantamento do FGTS, porém o pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a doença que aflige o autor não está compreendida nas hipóteses que autorizam o levantamento extraordinário do FGTS.

Na primeira decisão que lancei nos autos, deferi em parte a liminar, determinando a liberação imediata de metade do saldo de FGTS do impetrante.

Em suas informações a autoridade impetrada sustentou que as hipóteses de movimentação das contas vinculadas ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei 8.036/1990, sendo esse rol taxativo. E dentre as hipóteses que permitem a movimentação da conta, não está contemplada a doença que aflige o impetrante.

O Ministério Público Federal informou que o caso dispensa sua intervenção.

**II – FUNDAMENTAÇÃO**

Tomo como ponto de partida os argumentos expostos na decisão que deferiu parcialmente a liminar:

O requisito essencial para a concessão de medida liminar em mandado de segurança é a demonstração de indícios evidentes, próximos da certeza, da prática de um ato ilegal pela autoridade coatora.

No caso dos autos, a inicial está acompanhada de farto conjunto de documentos que comprovam a gravidade do quadro de saúde do impetrante e de sua periclitante situação financeira. O relatório médico que acompanha a inicial, subscrito pela cardiologista que acompanha o autor, informa que o paciente é portador de CID 10 I50 – insuficiência cardíaca –, doença identificada em 2015, quando o impetrante teve uma parada cardiorrespiratória durante uma colecistectomia. Ainda de acordo com o relatório, “Hoje, está controlado com melhora de fração de ejeção, mas mantendo quadro de insuficiência cardíaca (FE: 49%) e Classe funcional III segundo NYHA (cardiopatia grave, de difícil controle). Tem distúrbio de ansiedade evidente, mesmo durante as consultas e bem medicado. Não há tratamento cirúrgico para sua patologia”. O art. 20 da Lei 8.036/1990 estabelece hipóteses para o levantamento do FGTS por motivo de saúde do trabalhador ou de seu dependente, nos casos de neoplasia maligna (inciso XI), condição de portador de vírus HIV (inciso XIII) ou estágio terminal, em razão de doença

grave (inciso XIV). Felizmente nenhuma dessas hipóteses se aplica ao impetrante, mas isso não afasta o direito de levantar o saldo do FGTS para o tratamento de sua doença. É pacífica a jurisprudência no sentido de que o rol do art. 20 da Lei 8.036/1990 não é taxativo, de modo que admite extensão para abarcar outros casos que não estão previstos de forma expressa, mas que seguem a inteligência do dispositivo. E dentre as situações em que a jurisprudência tem chancelado uma interpretação elástica ao art. 20 da Lei 8.036/1990, inclui-se o tratamento de doença grave do trabalhador, conforme demonstram os precedentes que seguem: “FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS. TRATAMENTO DE MOLÉSTIA GRAVE, NÃO ELENCADE NO ART. 20, XI, DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia dos autos diz respeito à possibilidade de liberação do saldo existente na conta vinculada do FGTS para tratamento de doença grave, qual seja, esquizofrenia, da qual é portador o filho do autor, sendo o tratamento de elevado custo, e não tendo o autor meios para arcar com o mesmo. 2. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 4. Liberação do saldo do FGTS para tratamento de doença grave não elencada na lei de regência, mas que se justifica, figurar a saúde como garantia constitucional, direito de todos e dever do Estado. 5. Recurso especial improvido”. (REsp 671.795/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005, p. 282)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. LEVANTAMENTO DO SALDO. CÔNJUGE ACOMETIDO DE DOENÇAS CRÔNICAS. POSSIBILIDADE. I - Cuida-se de pedido de levantamento do saldo da conta vinculada de FGTS para custear as despesas decorrentes do tratamento de saúde do esposo da autora, portador de diabetes mellitus, cardiopatia isquêmica e hepatite crônica viral tipo ‘C’. II - A questão merece ser analisada à luz dos princípios constitucionais do direito à saúde e à vida e à luz do artigo 196 da Constituição Federal que assegura que a saúde é direito de todos e dever do estado. III - Restou comprovado nos autos, através de atestados médicos e receituários, que o esposo da autora é portador de doenças crônicas que implicam em tratamento dispendioso. IV - Consolidou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que o artigo 20 da Lei nº 8036/90 não é taxativo, podendo o levantamento do saldo do FGTS ser deferido diante da existência de outras doenças graves acometendo o fundista ou qualquer de seus dependentes. V - A CEF está isenta do pagamento de honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 29-C da Lei nº 8036/90. VI - Recurso da CEF parcialmente provido.” (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1228116 - 0002932-62.2006.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 13/11/2007, DJU DATA:30/11/2007 PÁGINA: 617).

Assim, tenho por demonstrada a plausibilidade do direito invocado.

O perigo na demora também é manifesto. Os documentos que acompanham a inicial revelam que as finanças do impetrante estão fortemente abaladas, sobretudo em razão do desencontro entre as avaliações de seu empregador e do INSS a respeito de seu estado de saúde. Este concluiu que o impetrante não padece atualmente de incapacidade para o trabalho, ao passo que aquele não autorizou seu retorno.

De mais a mais, embora isso não tenha sido levantado de forma expressa na inicial, o relatório da cardiologista que acompanha o impetrante informa que a filha do autor também é acometida de cardiopatia grave, o que robustece o direito ao saque do FGTS. Cabe registrar que em três ou quatro casos que chegaram às minhas mãos este ano, autorizei o levantamento do saldo de FGTS para a quitação de prestações de financiamento habitacional em atraso, inclusive para purgar os efeitos da mora e evitar a realização de leilão. Assim o fiz porque entendi que garantir que um mutuário permaneça com seu imóvel é importante. Pois a saúde do impetrante (e também de sua filha) é ainda mais.

Penso hoje como pensava ontem, sendo que os argumentos apresentados pela autoridade impetrada não abalaram minha convicção quanto à matéria.

Sendo assim, impõe-se a concessão da segurança.

### III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para o fim de determinar à autoridade coatora que libere em favor do impetrante seu saldo de FGTS.

Sem condenação em honorários advocatícios conforme disposto no artigo 25, da Lei 12.016/09.

Custas pela Caixa Econômica Federal.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Ciência do MPF.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER****5008700-24.2019.4.03.6100**

Autor: CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réu: C. LOPES REPRESENTACOES LTDA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 31/05/2019

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, pelo procedimento comum, promovida pelo *CONSELHO REGIONAL DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO – CORE* em face de *C. LOPES REPRESENTAÇÕES*, requerendo provimento liminar para que a parte ré realize o registro da empresa e de seu responsável técnico nos quadros do conselho, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 para o caso de descumprimento.

Narra ter identificado, por intermédio de análise da inscrição cadastral no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda, a informação de que a parte ré exerce ou possui como razão social a atividade de representação comercial.

Alega que, a teor do que dispõe o artigo 1.158, §2º do Código Civil, a informação constante na razão social ou no objeto do estatuto social define a atividade principal da pessoa jurídica.

Relata ter notificado a parte ré para realização de registro em seus quadros de forma amigável, sem, todavia, lograr êxito.

Sustenta que a recalcitrância da parte ré em proceder à inscrição em seus quadros implica em infração aos artigos 2º da Lei nº 4.886/65, 1º da Resolução 1.063/15 do Conselho Federal dos Representantes Comerciais e na prática de contravenção penal.

Pugna, igualmente, pela desconsideração da personalidade jurídica da empresa, nos termos dos artigos 133 e 134, §2º do Código de Processo Civil, a fim de que os sócios sejam responsabilizados solidariamente.

Atribui à causa o valor de R\$ 900,00 (novecentos) reais.

Inicial acompanhada de procuração e documentos.

Custas iniciais recolhidas (ID nº 17469480, pág. 01).

Recebidos os autos, vieram à conclusão.

*É o relatório. Passo a decidir.*

Os elementos constantes dos autos levam à conclusão de que a ação não merece prosseguir.

As condições da ação devem existir quando da sua propositura e perdurar no momento da sentença.

Como é cediço, o interesse processual pode ser desdobrado em três elementos: necessidade, utilidade e adequação. Ou seja, se faz necessário demonstrar a necessidade da tutela jurisdicional, a utilidade do provimento para solução da lide e a adequação da via eleita para a sua satisfação.

No que concerne especificamente ao interesse de agir, leciona Luiz Guilherme Marinoni que:

O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo.

Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou nega) provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse firmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas).

(...) Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito.

(MARINONI, Luiz Guilherme. In “Curso de Processo Civil, Volume 1: Teoria Geral do Processo”. São Paulo: RT, 2006, págs. 170-171).

Deve-se ressaltar, também, que a pretensão autoral deve ser balizada pela reserva da legalidade, segundo a qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei* (CF, art. 5º, II).

Nesse contexto, não se mostra lícito requerer ao Estado-Juiz prestação jurisdicional visando compelir a parte à adoção de medidas ou à incursão de situações distintas daquelas previstas pelo sistema normativo vigente.

No caso dos autos, tendo o Conselho-Autor identificado o exercício da atividade de representação comercial em desconformidade com a lei regimental, cumpre averiguar se a prestação jurisdicional invocada adequa-se à exegese normativa.

A atividade de representante comercial foi originalmente regulamentada pela Lei Federal nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, prevendo a obrigatoriedade do registro das pessoas físicas ou jurídicas que exercessem a atividade de representação comercial. Confira-se:

*Art. 1º* - Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

*Parágrafo único.* Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício dêste, os preceitos próprios da legislação comercial.

*Art. 2º* - É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei.

*Parágrafo único.* As pessoas que, na data da publicação da presente Lei, estiverem no exercício da atividade, deverão registrar-se nos Conselhos Regionais, no prazo de 90 dias a contar da data em que êstes forem instalados.

Adiante, a lei especial concedeu ao Conselho Federal de Representantes Comerciais a atribuição de *“baixar instruções para a fiel observância da presente Lei”* (art. 10, V), bem como a aplicação de sanções administrativas ao representante infrator, na forma seguinte:

*Art. 18.* Compete aos Conselhos Regionais aplicar, ao representante comercial faltoso, as seguintes penas disciplinares:

- a) advertência, sempre sem publicidade;
- b) multa até a importância equivalente ao maior salário-minimo vigente no País;
- c) suspensão do exercício profissional, até um (1) ano;
- d) cancelamento do registro, com apreensão da carteira profissional.

§ 1º No caso de reincidência ou de falta manifestamente grave, o representante comercial poderá ser suspenso do exercício de sua atividade ou ter cancelado o seu registro.

§ 2º As penas disciplinares serão aplicadas após processo regular, sem prejuízo, quando couber, da responsabilidade civil ou criminal.

§ 3º O acusado deverá ser citado, inicialmente, dando-se-lhe ciência do inteiro teor da denúncia ou queixa, sendo-lhe assegurado, sempre, o amplo direito de defesa, por si ou por procurador regularmente constituído.

§ 4º O processo disciplinar será presidido por um dos membros do Conselho Regional, ao qual incumbirá coligir as provas necessárias.

§ 5º Encerradas as provas de iniciativa da autoridade processante, ao acusado será dado requerer e produzir as suas próprias provas, após o que lhe será assegurado a direito de apresentar, por escrito, defesa final e o de sustentar, oralmente, suas razões, na sessão do julgamento.

§ 6º Da decisão dos Conselhos Regionais caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho Federal. (g. n.).

Portanto, o Conselho Federal e os congêneres estaduais possuem a prerrogativa legal de aplicação de sanções administrativas, mediante a instauração do devido processo apurativo, para o caso de exercício da atividade de representação comercial em desconformidade com a Lei.

Cumprir destacar, ainda, que os conselhos profissionais, embora não integrem a Administração Pública, possuem natureza jurídica autárquica conferida por Lei (art. 1º do Decreto-Lei nº 968/69), colaborando com o Poder Público para o exercício da atividade de fiscalização das profissões.

Trata-se de verdadeira atividade delegada pela Administração, conforme entendimento dos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIAS. REGIME DOS FUNCIONÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - Inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, uma vez que cabe ao Tribunal *a quo* manifestar-se sobre o tema, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF.

II - Consoante entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, ainda que sejam considerados como autarquias corporativas, não há como se afastar a natureza jurídica de autarquia dos conselhos de fiscalização de profissões, já que exercem verdadeira atuação de poder de polícia, função essencialmente da Administração Pública. Precedentes.

III - A Eg. Quinta Turma, em recente julgamento, se manifestou no sentido de que, por força do disposto no Decreto-lei nº 968/69, o regime dos funcionários dos conselhos de fiscalização de profissões era celetista. Após a Constituição Federal de 1988, com o advento da Lei nº 8.112/90, foi instituído o regime jurídico único, sendo os funcionários alçados a estatutários, situação que perdurou até a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, oportunidade em que foi abarcado o art. 58, § 3º da Lei nº 9.649/98, instituindo novamente o regime celetista.

IV - Agravo interno desprovido.

(STJ, ArRg no REsp nº 330.517-SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.06.2006) (g. n.).

Nesse contexto, não há como negar que a atuação dos conselhos na fiscalização da atividade profissional de seus congêneres é dotada de autoexecutoriedade, não dependendo da interferência do Poder Judiciário para a sua realização ou efetivo desempenho.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão,

As medidas de polícia administrativa frequentemente são autoexecutórias, isto é, pode a Administração Pública promover por si mesma, independentemente de remeter-se ao Poder Judiciário, a conformação do comportamento do particular às injunções dela emanadas, sem necessidade de um prévio juízo de cognição e ulterior juízo de execução processado perante as autoridades judiciárias. Assim, uma ordem para dissolução de comício ou passeata, quanto estes sejam perturbadores da tranquilidade pública, será coativamente assegurada pelos órgãos administrativos. Estes se dispensam de obter uma declaração preliminar do Judiciário, seja para declaração do caráter turbulento do comício ou da passeata, seja para determinar sua dissolução

(...). Todas essas providências, mencionadas exemplificativamente, têm lugar em três diferentes hipóteses: a) quando a Lei expressamente autorizar; b) quando a adoção da medida for urgente para a defesa do interesse público e não comportar as delongas naturais do pronunciamento judicial sem sacrifício ou risco para a coletividade; c) quando inexistir outra via de direito capaz de assegurar a satisfação do interesse público que a Administração está obrigada a defender em cumprimento à medida de polícia.

É natural que seja no campo do poder de polícia que se manifesta de modo frequente o exercício da coação administrativa, pois os interesses coletivos defendidos não poderiam, para eficaz proteção, depender das demoras resultantes do procedimento judicial, sob pena de perecimento dos valores sociais resguardados através das medidas de polícia, respeitadas, evidentemente, entretanto, as garantias individuais do cidadão constitucionalmente estabelecidas.

(DE MELLO, Celso Antônio. *In* Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 834).

Portanto, não obstante os argumentos lançados pelo Conselho-Autor, deve ser reconhecida a ausência de interesse de agir no que tange ao pedido de condenar a parte ré à obrigação de inscrever-se em seus quadros.

Se a lei de regência prevê sanções específicas para o caso de exercício profissional fora dos parâmetros estabelecidos, compete ao Conselho Autor, no exercício de sua função primordial, adotá-las.

Portanto, de rigor a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, dada a ausência de interesse de agir.

**DISPOSITIVO:**

Diante do exposto, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, **JULGO EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.**

Custas processuais pelo Autor. Tendo em vista a ausência de citação, sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

P.R.I.C.

São Paulo, 3 de junho de 2019.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR